
3 1761 07384328 6

GÉNESIS DEL ESTADO

Y DE SUS

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

GÉNESIS DEL ESTADO

Y DE SUS

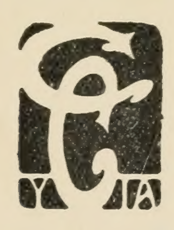
INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

Introducción al estudio del Derecho Público

POR

VALENTÍN LETELIER

Ex-Rector y Ex-Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile,
Consejero Académico Honorario de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

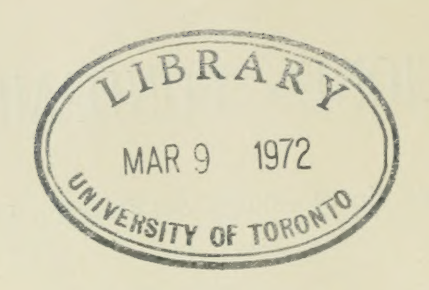


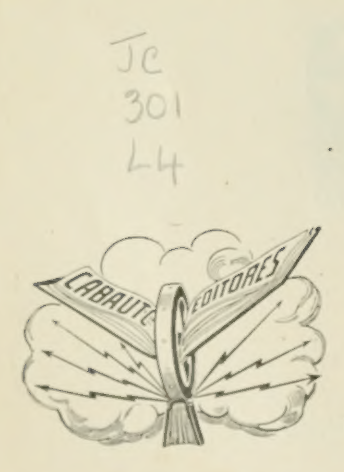
BUENOS AIRES

CABAUT Y CÍA - EDITORES

"Librería del Colegio" — Alsina y Bolívar

1917





Hecho el depósito que marca la ley Nº 9510.

A la ilustre

Universidad Nacional de La Plata

Homenaje del

AUTOR.

PRÓLOGO

La nueva obra que hoy entrego a la indulgencia de los estudiosos no es en el fondo más que la primera parte de otra tres o cuatro veces mayor que bajo el título de *Ciencia del Derecho y de las Instituciones,* vengo componiendo desde 1882 y que en interés tanto del público como de los editores, he preferido publicar por secciones.

En la parte que hoy sale a luz bajo el título de *Génesis del Estado y de sus Instituciones fundamentales,* van involucradas las bases científicas de la enseñanza que durante 23 años (1888-1911), mientras hubo en Chile gobiernos que amparaban a los servidores públicos contra la saña ruin de las pasiones políticas y de las venganzas personales, profesé en la Universidad del Estado como catedrático de la asignatura de Derecho Administrativo; y según se deja entender en el subtítulo, la obra está destinada a servir de introducción, o si se quiere, de coronamiento al estudio de las varias ramas del Derecho Público.

De tiempo atrás, se han venido formulando críticas, en apariencia fundadas, contra el carácter meramente profesional y utilitario de nuestra enseñanza jurídica; y aunque yo las conceptúe injustificadas porque habiéndosela instituído para formar abogados, no investigadores, es absurdo que se la enrostre como delito el rendir los frutos propios de su institución; creo a

la vez que el profesorado no debe desdeñarlas en absoluto dado que ellas son la expresión de laudables anhelos de progreso.

No sé si me equivoque, pero me parece que sin renunciar al procedimiento exegético, único usado en nuestra enseñanza jurídica, acaso porque es indispensable para formar profesionales, podrían nuestros catedráticos imprimirla carácter acentuadamente científico: bastaríales empezar o coronar el estudio de cada asignatura con la exposición de la teoría inductiva de la correspondiente rama del derecho. Prácticamente he apreciado las ventajas de este arbitrio porque no de otra manera procedí mientras tuve a mi cargo la enseñanza del Derecho Administrativo. En mérito de estos antecedentes, no se estimará que haya mucha arrogancia en creer que la *Génesis del Estado y de sus Instituciones fundamentales* pueda servir o de introducción o de coronamiento al estudio del Derecho Público.

A la verdad, el arbitrio que propongo para dar carácter científico a nuestra enseñanza jurídica no es invento mío porque de largos años atrás lo han venido ensayando con más o menos fortuna varios de nuestros catedráticos. Desgraciadamente no todos han cosechado frutos apreciables porque bajo la inspiración de una filosofía rancia, algunos se han imaginado que a cuenta de una base propedéutica de sus enseñanzas, podían dar unas pocas nociones generales, por lo común algunas clasificaciones y definiciones, las que nunca han bastado en parte alguna a formar el espíritu científico y que a nadie pueden servir en sustitución de la teoría positiva, del derecho.

Sin falsa modestia, yo dejo entender en el subtítulo de esta obra que ella puede servir a modo de introducción a los estudios exegéticos del Derecho Público, pero no sería sincero si a la vez no declarase que reconozco sus defectos y que espero el mejoramiento de nuestra enseñanza jurídica mucho menos de la adop-

ción escolar de dicha obra que del hecho de haber demostrado prácticamente en ella la posibilidad de estudiar las instituciones por la vía inductiva.

A la verdad, nada hay políticamente más premioso que el difundir el espíritu positivo en nuestras democracias porque el estado de equilibrio inestable en que viven y que es un peligro viene sin duda de que se dejan guiar, ora en sentido revolucionario, ora en sentido reaccionario, por simples ideologías. A causa de una muy deficiente preparación filosófica, se desdeña el espíritu positivo, que no es más que el espíritu científico, porque se lo confunde con el materialismo y el utilitarismo; y en la creencia de que no puede haber ideales que ennoblezcan la acción humana si no los sugiere la ideología, se la hace predominar en todos los campos donde se agita el pensamiento político, en la prensa, en los programas de los candidatos, en las discusiones parlamentarias, en las cátedras de las ciencias del derecho y del Estado. A todas luces, imprimir carácter científico a estas enseñanzas es propender a fijar el rumbo de nuestras democracias, es cegar la fuente principal donde las ideologías políticas y sociales se forman y alimentan, dejando, no obstante, subsistentes los ideales de la ciencia.

El método que en el estudio de los orígenes de la organización política de los pueblos he seguido, de lleno inspirado en la sociología, me ha llevado a poner de relieve la importancia que a la población, al territorio y a la ciudad corresponde como partes integrantes del Estado. Hasta cierto punto, es ésta una particularidad que en bien o en mal distingue a mi obra. No niego, no sería cuerdo negar que sobre los tres tópicos se ha escrito mucho. Pero en las obras de economía social, no se los estudia sino bajo los respectos geográfico y económico, no bajo los respectos jurídico y político; y en las de Derecho Público, no se los estudia sino como objetos pasivos de la administración pública, no como elementos integran-

tes y fundamentales del Estado. En este punto, la novedad de mi obra consiste esencialmente en haber completado la teoría sociológica del Estado reanudando y desarrollando las inmortales enseñanzas de Aristóteles.

Concretada la presente obra al estudio de los orígenes del Estado, no hay en ella cabida para determinar la teoría y los fines de la organización política. Sin desconocer que sería muy interesante determinar dichos fines por la vía inductiva para rectificar las doctrinas puramente ideológicas de los individualistas y de los socialistas, creo que semejante trabajo, sobre no caber en el cuadro de esta obra, pecaría de prematuro porque a todas luces no se ha de poder forjar la teoría definitiva del Estado y sus instituciones como no se forje antes la teoría científica de sus orígenes. El mismo reiterado fracaso de todas las tentativas que se han hecho para construir la ciencia de la política sin tener las bases inductivas que hayan de servirla de fundamento es para mí una elocuente advertencia que me precave contra la tentación de seguir el mismo camino. Si al cabo de dos mil años sobrenada *La Política* de Aristóteles, es precisamente porque el incomparable filósofo compuso su obra prescindiendo de todas las ideologías que otros pensadores habían difundido, compúsola después de estudiar las constituciones y la vida de más de 150 Estados helénicos, esto es, compúsola inductivamente. Como haga esta observación alguna fuerza en el ánimo de mis lectores, no dejarán de encontrar muy justificado el que por regla general, me haya abstenido en esta obra de exponer más teorías que aquellas que se refieren a los orígenes del Estado, no habiendo acopiado en ella hechos que pudieran servir de base para inferir las teorías de su organización y de su funcionamiento. Sólo una vez me he desviado de estos propósitos al estudiar los orígenes de la administración pública, porque para evitar el error de confundirla con el gobierno, como lo hacen generalmente los publicistas, me he

visto precisado a deslindar el campo que a mi juicio la corresponde teóricamente.

Animado por la aversión instintiva que las ideologías me inspiran, he querido dar en esta obra fundamento sólido a mis teorías multiplicando en ocasiones excesivamente las citas de hechos probatorios y comprobatorios. Por cierto, me habría placido descargarla de tantas y tantas citas que hacen pesada su lectura y que son ocasionadas a provocar la crítica de los literatos, los cuales por razón de oficio se curan más de la forma que del fondo. Pero he tenido que mantenerlas porque todavía no he acertado a descubrir cómo podría dar carácter inductivo a la obra suprimiéndolas.

En este punto, ofrece mi obra otra novedad que para los doctos no pasará inadvertida, cual es el gran número de obras españolas, americanas y chilenas que en ellas se citan. Cuando los autores europeos quieren hacer ciencia social de índole inductiva, apenas citan obras etnográficas que no se refieran a pueblos de los otros continentes. De los innumerables autores españoles que durante el coloniaje escribieron de América, Giraud-Teulon parece no haber conocido más que a Herrera; y en la enorme y compleja elaboración de su sociología, Spencer deja adivinar que de los araucanos no tuvo más noticias que las que encontró en la obra tan mediocre de Smith. Entre tanto, es la verdad que ninguno de los otros continentes ostenta una literatura etnográfica tan rica como la de América, y que de ningún pueblo bárbaro se han escrito obras etnográficas tan ricas en observaciones como de los araucanos.

Cuando los españoles adelantaban en la conquista de América, se encontraron en la misma disposición psicológica que se encontraron Heródoto ante los egipcios y ante los germanos Tácito. Ambos historiadores escribieron respectivamente de Grecia y de Roma sin exponer la vida y costumbres de los griegos y

de los romanos, porque las suponían conocidas de sus lectores. Pero en el Egipto y en la Germania encontraron usos, prácticas, costumbres e instituciones que les parecieron sobre modo singulares, tanto que sin vacilar juzgaron que para dar a conocer ambos pueblos, era más útil escribir la etnografía, que no la historia, de uno y otro.

Lo mismo hicieron aquellos cronistas españoles que durante el coloniaje escribieron de estos pueblos. Tentados por la singular novedad de la vida de los indígenas americanos, todos los autores más notables aplicaron gran parte de sus obras a exponer los usos, las costumbres, las instituciones, el modo de ser y el estado de cultura de los pueblos americanos. Largo tiempo antes de que Voltaire y Lenglet du Fresnoy establecieran que la jurisdicción de la historia debía abarcar la vida entera de los pueblos, los cronistas españoles habían escrito de los indígenas americanos en tan rigurosa conformidad con estas normas que por mucha parte sus obras son más bien estudios etnográficos que no relaciones históricas. Solo la ignorancia general del castellano puede explicar el que los sociólogos europeos, fuera de España, se hayan abstenido de explotar minas tan ricas. No hay otra explicación razonable para tanto desdén, pues si atendemos a la metódica disposición de sus partes, a la sobriedad científica de sus estilos, a la enorme extensión del teatro que abrazaban, y a la abundancia de las observaciones en ellas acopiadas; las obras de Oviedo, de Torquemada, de Herrera, de Cobo y otras se cuentan sin duda a justo título entre las más preciadas que durante aquellos tres siglos produjo la literatura histórica de Europa. ¿Por qué, pues, habría yo desdeñado esta riquísima, esta inagotable mina de observaciones etnográficas, imitando a los sociólogos europeos que no la conocen?

La única causa que habría podido retraerme del propósito que siempre tuve de buscar en América la

comprobación de mis doctrinas habría sido la dificultad de conocer y procurarme las obras más importantes y fidedignas de los cronistas y etnógrafos españoles; pero me es sobre manera grato declarar en esta coyuntura que tal inconveniente me ha sido completamente allanado por la inapreciabilísima ayuda que el más insigne de los eruditos americanos, mi antiguo amigo José Toribio Medina, me ha prestado desde los comienzos de mi obra. Era él secretario de la Legación de Chile en Madrid así como yo lo era de la Legación de Chile en Berlín cuando a pedido mío, en carta que conservo, fechada el 11 de Abril de 1885, me dió las primeras indicaciones sobre las obras americanas que me convenía consultar; y desde entonces, nunca he recurrido a él sin encontrar la ayuda que buscaba. Sus consejos, sus juicios, sus indicaciones, su excepcional conocimiento de la literatura del coloniaje y su riquísima biblioteca de obras americanas; todo reforzado por una memoria prodigiosa y un claro talento me lo ha prestado con amistosísimo desinterés para que yo alcanzara buen éxito en mi empresa. Con un fuerte impulso del corazón le envío por la vía pública esta sola palabra: Gracias!

VALENTÍN LETELIER.

Santiago de Chile, calle de las Claras N° 205, a fines de 1916.

CAPÍTULO PRIMERO.

Metodología Jurídica.

§ 1. Es preocupación muy general la de creer que la ciencia de la lógica es materia muy abstrusa que se debe reservar exclusivamente para alimentar las lucubraciones de los filósofos y que los estudios de metodología solo interesan a las especulaciones abstractas y cuando más, también a la enseñanza de las matemáticas (*a*).

Pero en realidad, las cuestiones de metodología interesan no solo a la filosofía y a las ciencias exactas, sino también a toda investigación científica, a toda indagación judicial, a

---

(*a*) No faltan pensadores distinguidos que se hayan dejado embobar por esta preocupación. Así, Gil y Robles, que fué profesor de la Universidad de Salamanca, opinaba que si se toma el método en el sentido de «orden lógico con que las facultades aprehensivas colaboran a la invención y a la exposición científica», en tal acepción no puede aplicarse «a la historia, ni al arte, ni a fin, ni acto alguno, que no resulten científicos». Gil y Robles, *Metodología Jurídica*, pág. 8.

todo estudio, y a la política, y al arte, y a la conducta misma de la vida.

Podemos pensar, discutir, razonar, hablar, investigar, predicar, obrar y vivir con método o sin método, con bueno o con mal método; y en el fondo es una misma cosa proceder sin método o con mal método. De consiguiente, no cabe prescindir de él en rama alguna de los conocimientos ni en obra o empresa alguna que acometamos.

Hay ciencias, como la mineralogía, la paleontología, la lingüística, cuyo estudio solo interesa a unos pocos. El de la metodología interesa a todos, al rústico y al sabio, al hombre activo tanto como al reflexivo y en igual grado al filósofo, al industrial, al pensador, al artista.

La falta de método embrolla y dificulta la solución de las cuestiones abstractas, oscurece y complica el estudio de las materias más elementales, desperfecciona y retarda la ejecución de las obras más sencillas.

No es raro que los estudiosos encuentren de muy difícil comprensión algunas obras; y casi siempre, bajo la inspiración de una modestia inconsciente, se inculpan a sí mismos, imaginándose que no las hallan oscuras sino porque la materia es para ellos muy abstrusa. Pero en realidad no hay materia alguna de estudio que sea por naturaleza abstrusa; y toda obra bien hecha es fácilmente comprensible para cuantos han adquirido de antemano los conocimientos preparatorios indispensables. Son las obras las oscuras, no las materias, y sin excepción alguna, cuando la oscuridad no viene del empleo de una terminología nueva, exótica, rebuscada y mal definida, viene de una falta muy común de método, cual es, la de exponer las cosas al revés empezando por las nociones derivadas y compuestas y omitiendo las simples y primitivas que se dan por supuestas y conocidas. Con un poco de método, todo se aclara.

Apenas son creibles los despropósitos en que los ingenios más altos han solido incurrir por causa de los malos métodos. Por más extraño que nos parezca, ello es que durante largos siglos una figura ha valido por un hecho, un símil por una demostración y la simple alegoría ha tenido

la fuerza de un raciocinio irrebatible. Los teólogos comparaban la Iglesia con el alma y el Estado con el cuerpo, y concluían que el poder espiritual debe inspirar y dominar al temporal (*b*). Los jurisconsultos enseñaban que cuando un monarca conquista un país, las iglesias quedan sujetas al derecho de regalía por esta razón decisiva, porque la corona real es redonda (*c*). En pleno siglo XIX, Stahl defendió la autocracia absoluta observando que el rey es el padre de su pueblo; ¿y acaso (agregaba) se vió alguna vez que los hijos compartiesen con sus padres el gobierno de la familia? (*d*). Tamaños despropósitos no se evitan en el razonamiento sino adquiriendo el hábito de los buenos métodos.

Particularmente indispensable es el buen método en los estudios políticos, jurídicos y sociales porque a virtud de la suma complejidad de estas materias, el que se propone asimilárselas prescindiendo de este guía corre el mismo peligro de los que penetran sin brújula en las serranías de los Andes: a poco andar, se desorientan, se extravían y se pierden.

En todos los grados de la enseñanza, pero sobre todos, en el superior; en todos los órdenes de estudio, pero sobre todos, en el orden social, debemos empeñarnos más en descubrir el camino que lleva a la verdad que no en recibir hecha la verdad misma, porque mientras los conocimientos entran en la memoria como en un tonel sin fondo, los métodos imprimen al espíritu hábitos, inclinaciones y tendencias que no pierde jamás y que le sirven en todas las circunstancias de la vida (*e*).

(*b*) Hurter, *Histoire d'Innocent III*, t. I, liv. III, pag. 255.

(*c*) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXIX, chap. XVI.

(*d*) Veron, *Histoire de la Prusse*, pag. 265.

(*e*) En particular, los maestros deben tener siempre presente que a su misión esencialmente educativa no cuadra que hagan el desairado papel de diccionarios; que aun en la tarea de instruir a la juventud están obligados a ser sus educadores y sus guías, y que para este efecto se deben,

Desgraciadamente, como lo observa Jellinek, filósofos y publicistas han descuidado sobre manera la determinación de los métodos que se deben emplear en los estudios de las ciencias políticas. Desde Augusto Comte (*f*) y sobre todo, desde Stuart Mill (*g*), no han faltado autores que se hayan empeñado en construir la metodología de la historia, de la económica, de la estadística, de la sociología y aun de la jurídica; pero en lo que atañe a la ciencia del Estado, ordinariamente se la ha reducido al simple comentario de tal o cual legislación constitucional (como fué realmente la *República* de Cicerón), y se puede decir que hasta hoy no se ha compuesto tratado alguno que exponga la teoría de los métodos que se deban seguir en los estudios políticos para obtener frutos parecidos a los que se obtienen en las ciencias naturales (*h*). Por causa de esta negligencia, nos vemos precisados a empezar nuestra obra con un capítulo de metodología que holgaría aquí si lo encontrásemos en los tratados especiales de lógica.

§ 2. Cuáles métodos se deben adoptar por las ciencias políticas y jurídicas para la investigación y el estudio?

Antes de entrar a determinarlo, advirtamos que tanto en Europa como en América, estas ciencias se han estudiado principalmente con fines profesionales y que por esta causa, se ha confundido por lo común el investigador con el profesor, subordinándose la investigación a las necesidades de la enseñanza. En fuerza de estos antecedentes, conviene averiguar primero cómo se las ha enseñado para ponernos en grado de determinar cómo debemos formarlas, porque

empeñar más en inculcar métodos que en enseñar una suma más o menos grande de nociones. Appleton. *Méthode dans l'enseignement du Droit*. en la *Revue Internationale de l'Enseignement* de 1891, t. I, pag. 238.

(*f*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, quarante-huitième leçon.

(*g*) Stuart Mill, *Système de Logique deductive et inductive*, t. II, liv. VI, chap. VI à XII.

(*h*) Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, pag. 38.

según sea el camino que hemos traído, han de ser las rectificaciones que habremos de hacer para enmendar el rumbo.

Cosa bien sabida es que durante largos siglos, la enseñanza de estas ciencias, que se daba subordinada a los fines profesionales, ha rehuído el estudio sistemático de la teoría del derecho y se ha concretado a una exposición comentada de las normas jurídicas vigentes. Igualmente sabido es que en la exposición comentada de las disposiciones legales, se han formado dos escuelas divergentes: una que se inclina a la exégesis *histórica,* y otra que se inclina a la exégesis *empírica,* erróneamente llamada *filosófica.*

La escuela histórica se dirige a determinar la razón originaria de las leyes, a fijarles para siempre el sentido y el alcance con que el legislador las dictó, a quitarles aquella flexibilidad para regir situaciones y casos nuevos que abre la puerta a lo arbitrario, a evitar que en el trascurso del tiempo se las aplique dándolas interpretaciones divergentes o contradictorias.

Particularmente en el orden público, el método histórico rinde el fruto inapreciable de reprimir la ideología fijando a las disposiciones jurídicas el sentido originario. Cuando en el estudio del derecho constitucional, por ejemplo, no se sigue este método, es muy frecuente que se caiga en vanas divagaciones acerca de los derechos que en abstracto y por naturaleza corresponden a los ciudadanos. Por el contrario, cuando estudiamos los orígenes históricos de las libertades constitucionales, llegamos a la conclusión de que ellas no existen en abstracto porque son simples y prudenciales limitaciones de los Poderes Públicos y en particular, del gobierno.

Si nos atenemos a los antecedentes, la libertad de imprenta es la prohibición impuesta al gobierno de perseguir en lo sucesivo a los escritores que censuran sus actos o que sostienen doctrinas heréticas; la libertad de reunión es la prohibición que se le impone de perseguir a los opositores que celebran asambleas y comicios para denunciar los errores de la política dominante; la libertad de los cultos es la prohibición que se le impone de hostilizar y negar los

beneficios del Estado a los que en el orden religioso se permiten no andar de acuerdo con la iglesia dominante; y la libertad de enseñanza es la prohibición que se le impone de cerrar aquellas escuelas donde se propongan doctrinas contrarias a las doctrinas oficiales.

En las Constituciones de algunos Estados hispano americanos, se garantiza la libertad de locomoción. Por qué? porque durante el coloniaje el gobierno de la corona no permitió a sus súbditos moverse de un lugar a otro sino con pasaportes y licencias y previa extensa información.

El primer Congreso Nacional de Chile, el de 1811, proclamó la libertad de comercio. Por qué? porque hasta aquella fecha la corona de España tenía cerrados los puertos para el comercio extranjero. Para lo sucesivo, no podría el gobierno de Chile ni mantener ni decretar de nuevo la clausura.

En una palabra, desde la Antigüedad no se han establecido en pueblo alguno tales o cuales libertades sino cuando de antemano los Poderes Públicos han hostilizado y perseguido a los ciudadanos que ejercitaban los derechos correspondientes o cuando había antecedentes que justificaban el temor de que sobrevinieran tales persecuciones.

Para determinar la verdadera teoría del derecho político, que en las tres cuartas partes de sus disposiciones está dirigido a reprimir para lo futuro, en pro de los ciudadanos, los abusos y los excesos de la autoridad pública, el método histórico es realmente irreemplazable.

En contraposicion con estas ventajas, la enseñanza histórica adolece de graves defectos, porque al empeñarse en el propósito de explicar el derecho y las instituciones menos por lo que son que por lo que han sido, les quita aquella flexibilidad que les permite abarcar un número de casos jurídicos mayor que el previsto por los legisladores, reduce las leyes a una letra muerta sin espíritu y sin vida, inhabilitándolas para regir nuevas condiciones sociales, y propende fatalmente a paralizar el desarrollo jurídico.

Es la enseñanza histórica, y no otra, la que induce a es-

tudiantes y catedráticos en el cuádruple error de tomar la voluntad del legislador por la fuente única del derecho, de creer que no hay derecho fuera de la fórmula legislativa, de confundir el derecho con la ley y de sacrificar el espíritu a la letra (*i*).

Por el contrario, la enseñanza empírica, que prescinde en absoluto de los motivos, circunstancias y orígenes históricos de las leyes, estimula vigorosamente el desarrollo del derecho y de las instituciones dando en cada día a cada disposición, nó el sentido con que los legisladores la dictaron, sino el que mejor cuadra al caso jurídico que se trata de resolver.

Cuando los jurisconsultos romanos se dedicaban al estudio de la legislación patria, proscribían casi en absoluto el empleo del método histórico porque de otra manera no podían dar a las leyes antiguas, que se suponían irrevocables y que se habían dictado en circunstancias ya desaparecidas, sentidos nuevos que las habilitaran para regir las necesidades del presente (*j*).

Es la enseñanza empírica la que da flexibilidad a las leyes para adaptarlas a nuevas situaciones, la que extiende su alcance para hacerlas abarcar casos no previstos, la que a menudo con infracción de su letra y olvido de su historia, las dota de una vitalidad que las preserva de caer en desuso y las habilita para regir indefinidamente las alternativas y el desenvolvimiento de la vida social.

Muy conocida es la manera esencialmente empírica como los tribunales franceses extendieron a las sentencias interlocutorias los beneficios del recurso de casación. Cuando este recurso se instituyó, las resoluciones judiciales eran: o sentencias, o fallos preparatorios, o providencias; y se esta-

---

(*i*) Turgeon atribuye estos defectos a la exégesis; pero es la exégesis histórica, no la empírica, la que adolece de ellos. *L'Enseignement de la Faculté de Droit*, en la *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. I de 1890, pag. 298.

Bunge, *Le Droit, c'est la Force*, liv. II, chap V.

(*j*) Meijer, *De la Codification*, pag. 48.

bleció que la casación solo procedía contra las sentencias. Mas, bien pronto se observó que a menudo los fallos preparatorios declaraban derechos permanentes de las partes produciendo cosa juzgada, por manera que las infracciones legales que en ellos se cometían no tenían menor gravedad que las que se cometían en las sentencias. Entonces, en contra de la auténtica historia de la ley, concluyeron que no era posible que el legislador hubiese querido sustraer de la casación infracciones tan graves; el recurso debe proceder también contra los fallos preparatorios, porque si no son en verdad sentencias definitivas, son sin duda verdaderas sentencias, sentencias interlocutorias; y dado que la ley no distingue entre las unas y las otras, fuerza es concluir que éstas son tan casables como aquéllas. Fué tan feliz en este caso la jurisprudencia francesa que a pesar de la tradición histórica, las leyes dictadas posteriormente en otras naciones, verbigracia, en España y en Chile, han sancionado la procedencia del recurso de casación contra las sentencias interlocutorias.

En contraposición con estas ventajas, la enseñanza empírica adolece del grave defecto de estimular el casuismo porque al prescindir de la razón originaria de las leyes, propende, mediante el uso y el abuso del raciocinio *ad absurdum,* a darles en cada caso un sentido específico. Por esta misma razón, quita al derecho aquella fijeza y a las instituciones aquella estabilidad sin las cuales la vida social y la propiedad y la familia carecen de garantías.

Al método empírico recurren ciertos dictadores y tiranos que para no enajenarse la conciencia de los hombres libres cubren con el ropaje externo de la legalidad sus actos más despóticos. En conformidad con el derecho romano de la República, jamás se aplicaba la pena capital a las vírgenes. La exención de esta pena era un homenaje rendido a la virtud. Mas, vino Tiberio y para entregarlas a las fieras sin infringir el derecho, las hizo violar previamente por el verdugo, como si la violación material las privase realmente del privilegio instituído en honor de su virtud (*1*).

(*1*) Tácito, *Anales*, liv. V, chap. IX.

Hacia 1890 ocurrió en Chile un caso que puso de manifiesto los peligros que la exégesis empírica ofrece. He aquí los hechos con sus antecedentes:

Según el art. 1° de la Constitución, el gobierno de Chile es popular *representativo*, y si nos atenemos a la historia, no se puede poner en duda que los Constituyentes de 1833 emplearon esta palabra en el único sentido que la política y la ciencia le habían dado hasta entonces, en el sentido de gobierno que se ejerce por medio de representantes. Con este calificativo se propusieron los constituyentes establecer, desde los comienzos de su obra, que el gobierno de Chile no sería ejercido por ninguna persona o entidad que pretendiese ejercerlo por derecho propio, esto es, ni por un monarca absoluto, ni por una aristocracia vitalicia, ni por el pueblo mismo. Durante largos años no se dió otro sentido a la voz *representativo*.

Mas, en 1888 apareció la obra titulada *Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo*, en la cual su autor, don Julio Bañados Espinosa, dió a esta voz un sentido nuevo, un sentido diferente de su sentido tradicional, histórico y etimológico. En los Estados donde funcionan cuerpos legislativos de origen popular, dijo, se distinguen «dos sistemas de dirección política: el Representativo y el Parlamentario». Sistema representativo es aquel en que el Ministerio refleja la política del jefe de Estado y vive subordinado a su voluntad. Sistema parlamentario es aquel en que el Ministerio refleja la política de la mayoría parlamentaria y vive subordinado a su voluntad (*m*). A la verdad, la nueva terminología no podía ser más desgraciada puesto que todo sistema representativo es parlamentario, y los sis-

(*m*) Bañados Espinosa, *Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo*, cap. I, pág. 7. — Bagehot, que fué acaso el primero que hizo esta distinción, llama al uno *sistema de gabinete*, y al otro *sistema presidencial*, *La Constitution Anglaise*, chap. I, pag. 21. Acaso sería más acertado llamar al uno *gobierno de gabinete parlamentario*, y al otro, *gobierno de gabinete presidencial o real*, o bien ministerio *gubernativo* y ministerio *parlamentario*.

Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico*, cap. VIII, pág. 338.

temas parlamentarios son, por lo común, representativos. Pero sea de esto lo que sea, se ve en ella el propósito de restringir el significado de la voz *representativo*, porque en lugar de su sentido genérico, cual es el de gobierno ejercido por medio de representantes, se le da un sentido específico, cual es el de gobierno ejercido por medio de representantes y con gabinete presidencial o real.

Pues bien, cuando en 1890 fueron censurados por ambas Cámaras legislativas los ministros de Estado, los sostenedores de la política presidencial de resistencia alegaron que ellas se habian puesto con sus pretensiones fuera de la ley, porque si el gobierno de Chile es popular *representativo*, segun la Constitución (decían), el jefe del Estado no está obligado a consultar la voluntad del Congreso en la elección de los secretarios de su despacho, y por consiguiente, cuando se le exige que los cambie al paladar de las mayorías parlamentarias, éstas formulan exigencias que son esencialmente inconstitucionales. Pero a los adictos del Congreso no hizo esta alegación la menor fuerza porque en el fondo ella se reducía a sostener el absurdo de que los Constituyentes de 1833 habían empleado la voz *representativo*, nó en el sentido etimológico e histórico que entonces le daban todos los publicistas sino en el sentido arbitrario y restringido que se le atribuyó en 1888 (*n*).

En suma, cada una de las dos enseñanzas tiene caracteres, cualidades, defectos y frutos propios y peculiares

(*n*) Para que no se atribuya a estas observaciones un alcance que no tienen en el espíritu de su autor, debemos advertir: 1° que a nuestro juicio, es indudable que los Constituyentes de 1833 se inclinaron mucho más al régimen presidencial que al parlamentario; 2° que si en 1891 imperaba el régimen parlamentario, no es porque lo hubiere instituido alguna ley, sino porque lo habían establecido las prácticas parlamentarias; 3° que nosotros creemos fatal para la República un régimen, cual es el parlamentario, que anula la acción y la responsabilidad del gobierno; y 4° que si en 1891 nos contamos entre los revolucionarios, fué porque en un pueblo libre no se puede reconocer al jefe del Estado la facultad de cambiar por si solo un régimen político cualquiera.

que si por un lado sirven para distinguirla, por otro la inhabilitan para monopolizar el campo (*ñ*).

El que sigue el método histórico se pregunta: ¿cuál fué presumiblemente la voluntad del legislador al dictar esta ley, dadas las circunstancias y doctrinas que entonces dominaban? Y el que sigue el método empírico se pregunta: ¿cuál sería presumiblemente la intención que el legislador daría a esta misma ley si la dictase bajo el imperio de las circunstancias y doctrinas que dominan al presente?

La escuela histórica, como lo observa di Bernardo, propende a mantenerse fiel a la tradición y a la historia para que no queden en el aire instituciones que son el resultado de una determinada cultura (*o*) y por lo mismo, deja abandonado a sí mismo, fuera de la ley, el desarrollo jurídico que se opera con posterioridad a la actuación legislativa. La escuela empírica, al contrario, pretende someter las interpretaciones de la ley a las necesidades y doctrinas de cada momento, de suerte que bajo de su criterio, el espíritu de las disposiciones legales cambia continuamente.

En la administración judicial, es de práctica más general el método histórico precisamente porque dando fijeza a la ley, garantiza mejor los intereses particulares y el acierto de la justicia. Pero en el gobierno de los pueblos hay que preferir el método empírico porque dando flexibilidad a la letra de las fórmulas legislativas, permite que con unas mismas leyes gobiernen radicales, liberales y conservadores y que se adapte el espíritu de las instituciones a las necesidades de cada día.

§ 3. Ora cuando se sigue el método histórico, ora cuando se sigue el método empírico, la enseñanza se reduce a una simple exégesis que carece de carácter siste-

(*ñ*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, pag. 7.

(*o*) Di Bernardo, *La Pubblica Amministrazione e la Sociologia*, t. I, pag. 48.

mático y que sustrae del estudio todo el derecho no escrito.

No son los Códigos ni tratados científicos, ni textos didácticos, ni acomodos que abracen toda la vida jurídica de las sociedades; y sus artículos no se deben mirar como fórmulas científicas sino como disposiciones legislativas cuya suma, cualquiera que sea su ordenamiento, jamás constituye una ciencia.

Si quisiéramos saber por qué en la enseñanza jurídica se ha seguido casi siempre el procedimiento exegético, tendríamos que buscar la explicación en los fines que ordinariamente se persiguen al estudiar el derecho (*p*). Por lo común, no se hacen estos estudios con el propósito de conocer la ciencia del derecho, por amor a la verdad abstracta; se hacen con el propósito más práctico de conocer las leyes para poder ejercer la abogacía. Pues bien, desde el punto de vista profesional, importa mucho menos conocer la teoría científica del derecho que habituarse al manejo expedito de los códigos y estudiar al dedillo la historia, la inteligencia y las aplicaciones de las leyes. A nuestro juicio, la enseñanza profesional no puede prescindir del procedimiento exegético; pero por lo mismo, sería empeño vano buscar en ella la ciencia propiamente tal, esto es, un cuerpo sistemático de doctrinas.

Por su naturaleza, el procedimiento exegético induce en errores científicos de la mayor gravedad, primeramente porque no siempre la ley es el derecho y porque gran parte de las normas jurídicas no han sido sancionadas por el Estado ni reducidas a fórmulas escritas. Para la exégesis esta parte tan importante del derecho, dotada de vitalidad propia, no es objeto de estudio: no existe.

Korkounow observa que entre los jurisconsultos se hace notar una escuela para la cual no hay más normas jurídicas que las reglas dictadas por el Estado, y el derecho no es, en sustancia, más que la suma de las leyes escritas;

(*p*) Korkounow, *Theorie generale du Droit*, chap. II, pag. 96.

y en seguida observa, con mucha razón, que las necesidades del foro han popularizado esta doctrina porque la mayor parte de las veces las cuestiones jurídicas se reducen en los tribunales a determinar si la ley prevé o nó el caso de la litis, ya que en los Estados contemporáneos de legislación escrita tiene poca importancia el derecho consuetudinario. En estas condiciones, si unos pocos estudian el derecho bajo el respecto teórico, los más se habitúan a confundirlo con la ley, porque prácticamente es el criterio que sirve para resolver las cuestiones, y olvidan que contra una legalidad que se supone infalible pueden prevalecer intereses sociales superiores que quebranten su inflexibilidad, como sucede cuando se acuerda la amnistía (*q*). ¿Qué mejor prueba de que no siempre la ley es el derecho?

En el orden público, donde las fuerzas sociales ejercen imperio más incontrastable, se podrían citar innumerables casos en que patentemente se ve que la ley es una simple aspiración del legislador, que de hecho no tiene a menudo carácter de norma jurídica. Supongamos que queremos estudiar el régimen político de Chile para saber si él es democrático, aristocrático, oligárquico o autocrático. La exégesis tomaría como fuente de estudio la legislación escrita y llegaría muy pronto a la conclusión de que esta República es una perfecta democracia, constituída como está sobre la base legal del sufragio universal, puesto que tienen derecho a votar todos los varones que, habiendo cumplido 21 años, saben leer y escribir. Pero si el derecho no es derecho sino cuando es hecho, a la ciencia no le basta conocer la regla escrita; tiene que averiguar lo que hay en la realidad, y lo que hay en la realidad es: 1° que no sabe leer y escribir más de la quinta parte de la población de la República; 2° que de esta porción no se inscribe en los registros ni siquiera la quinta parte; 3° que de los inscritos más de la mitad no

(*q*) Korkounow, *Théorie générale du Droit,* chap. II, pag. 96.

concurren a votar; y 4° que de los concurrentes los tres cuartos delegan su conciencia en manos del cura, del hacendado o del prefecto de policía. Conclusión: mientras el derecho escrito nos halaga con la ilusión de que vivimos en una perfecta democracia, el derecho real, el derecho que la exégesis ignora, nos tiene sujetos a una oligarquía tan corruptora como diminuta (*r*).

En segundo lugar, el empleo casi exclusivo del procedimiento exegético nos habitúa a satisfacernos con el estudio verbalista de simples fórmulas, y apartándonos de las investigaciones jurídicas de carácter social, mantiene la ciencia del derecho en lamentable atraso. Es un fenómeno que por sí solo justifica el cambio de procedimientos didácticos el hecho de que esta ciencia se encuentre tan atrasada que muchos niegan su existencia cuando la enseñanza jurídica ha tenido, desde el siglo XI y aun desde los primeros siglos del Imperio Romano, tantos y tan poderosos estímulos. En otros órdenes del saber, con muchos menos estímulos la enseñanza ha formado grandes ciencias.

En suma, sea que se siga el procedimiento de interpretación histórica o el de interpretación empírica, la exégesis no abarca jamás todo el derecho porque solo estudia el derecho escrito. Para ella pasa inadvertido el desarrollo jurídico que se opera fuera de la ley a impulso espontáneo de las necesidades sociales; y es ella la que ha tenido la

(*r*) Según la Sipnosis Estadística de 1912, el 31 de Diciembre de aquel año había inscritos en los registros electorales de Chile 593.234 ciudadanos; pero en esta suma están incluídos: 1° todos los que han fallecido después de haberse inscrito, puesto que sus nombres no han sido nunca borrados; 2° todos los que se han inscrito más de una vez por cambios de residencia; y 3° todos los que se han inscrito más de una vez en diferentes circunscripciones para tener varios votos que vender el día de las elecciones. Hechas estas eliminaciones, lo cual no corresponde a la Oficina Estadística, no podría suceder que cuando el número de individuos que saben leer y escribir, comprendiendo los menores de 21 años, es de poco más de 700.000, entre los cuales poco menos de la mitad corresponde al sexo femenino, haya 593.234 ciudadanos inscritos.

pretensión de negar valor jurídico a la costumbre, esto es, de establecer que el derecho nacido espontáneamente, que el derecho practicado y respetado de hecho, que el derecho por excelencia no es derecho.

Al expresarme en estos términos, no quiero en manera alguna negar que los procedimientos usuales de la enseñanza jurídica hayan producido estudios científicos de real valía. Para desautorizar semejante negación, bastaría citar algunas de las muchas y muy preciadas obras de la jurisprudencia francesa. Lo único que quiero decir es que esos estudios, desarrollados casi siempre en forma exegética de comento de leyes positivas, no tienen la contextura orgánica de las ciencias. Conclusión: para darles carácter sistemático es indispensable seguir en este orden las mismas vías que se siguen en los otros órdenes de conocimientos.

Contra los serviles procedimientos de la exégesis, se hizo en la Antigüedad una tentativa de subversión que por desgracia durante largos siglos no fué ni comprendida ni seguida; queremos aludir a las *Institutas* de Justiniano. Cuando la codificación del derecho romano hizo ver que por su enorme desarrollo el estudio exegético sería el cuento de nunca acabar, se organizó una enseñanza sintética que prescindiendo de pormenores y adoptando una clasificación sistemática que distinguía las personas, las cosas y las acciones, abrazaba toda entera la vida jurídica.

Aun cuando por su contenido no pasan de ser las *Institutas* más que un mero compendio o texto elemental de estudio, suponen por su contextura un grande esfuerzo de generalización y envuelven una tentativa de alto vuelo filosófico dirigida a sistematizar la enseñanza del derecho enmendando profundamente la servilidad de los procedimientos exegéticos, que, a no dudarlo, habían sido los usuales (*rr*).

Por desgracia, a causa quizá de su mismo vuelo filosófico, aquel ejemplo ni fué comprendido ni rindió frutos apreciables. Verdad es que durante largos siglos, los comenta-

(*rr*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, pag. 495.

dores tuvieron la clasificación de las *Institutas*, hoy tan desacreditada, por « la base científica de todo sistema de jurisprudencia » (*s*). Pero es el hecho que en todas las escuelas de derecho siguió prevaleciendo el estudio exegético de tendencia profesional contra el estudio sistemático de tendencia científica. A tal extremo llegó el estravío de los procedimientos didácticos que las mismas *Institutas*, compuestas para sistematizar el estudio de aquel vasto y complejo fárrago de leyes, fueron sometidas en las escuelas a una exégesis que venía a contrariar y anular los propósitos de sus autores.

En realidad, solo a mediados del siglo XIX ha venido a empezar la reacción contra la exégesis porque se atribuye a Unger, catedrático de la Universidad de Viena, el haber sido el primero en estudiar un cuerpo jurídico prescindiendo del orden y de la letra de las leyes codificadas. Convencido, según se ha observado, de que la clave para la inteligencia de un código no puede estar en el mismo código y de que un código no es un buen texto didáctico, hizo prevalecer contra el estudio exegético de la legislación positiva el del derecho propiamente tal y dió a su obra, por el hecho de haber renunciado a la exégesis, la contextura de un verdadero tratado científico. Tal fué el *Sistema de Derecho Civil de Austria*.

Como era de preverlo, se alzaron contra aquella tentativa revolucionaria todos los profesores y jurisconsultos que estaban habituados a seguir el orden fijado por los artículos del Código y que no reconocían más derecho que el de las leyes positivas. Para muchos de los que atacaban virulentamente a Unger, defender el procedimiento exegético era defender su pasado científico. En particular, aquellos que habían publicado algunos comentarios más o menos

(*s*) Sumner Maine, ob. cit., pág. 497.

Las primeras *Institutas* fueron compuestas por Caius, que vivió a principios del siglo II, y estas sirvieron de modelo a las de Justiniano. Las de Caius estuvieron perdidas durante largos siglos, hasta que Niebuhr las descubrió en un palimpsesto el año 1816.

reputados no podían adherirse a la nueva escuela sin condenar sus propias obras al menosprecio (*t*).

En cambio, la nueva tendencia tuvo creciente aceptación de parte de los investigadores jóvenes que acometían el estudio del derecho sin prejuicios de escuela y que guardando menos miramientos al interés profesional, se sentían más tentados a dejar los caminos trillados.

§ 4. No hay más que un medio de convertir en ciencia una copia cualquiera de conocimientos, cual es, sistematizarlos desarrollándolos lógicamente; ni hay más que dos métodos para desarrollarlos lógicamente, cuales son la inducción que estudia los hechos particulares para inferir conclusiones generales, y la deducción, que de principios generales establecidos de antemano, infiere conclusiones y aplicaciones particulares.

Cuando la deducción parte de generalizaciones formadas inductivamente, sus conclusiones pueden incorporarse en la ciencia, a lo menos en el carácter de hipótesis mientras se acaba de comprobarlas. Al contrario, cuando parte de principios subjetivos, sus conclusiones son hipótesis simplemente metafísicas, sin carácter positivo, que nada tienen que ver con la ciencia. A la deducción sin base inductiva se da con toda propiedad el nombre de *método subjetivo*.

Como quiera que los primeros que estudiaron las cosas no fueron propiamente investigadores sino simples filósofos que daban lucubraciones subjetivas a cuenta de explicaciones positivas, la deducción no tuvo durante largos siglos base inductiva para desarrollar los conocimientos. En la inteligencia de que el espíritu nace enriquecido con ciertos principios *aprióricos* y de que tomándolos como base del saber se puede, de deducción en deducción, construir la ciencia a la manera de una sorites sin fin, se creía que la mayor y acaso la única dificultad de la elaboración no consistía sino en determinar dichos principios.

A este propósito, al propósito de dar base a la deducción

(*t*) Gianturco, *Il Filangieri* de 1881, fascicolo XII, pag. 738 a 740.

en cada uno de los órdenes del saber, consagraron buena parte de su actividad mental algunos de los más insignes pensadores de la humanidad; y no otro ha sido el oficio que en la historia del espíritu humano han desempeñado las categorías del entendimiento de Aristóteles, los postulados universales de los escolásticos, las ideas innatas de Descartes, los principios absolutos de Reid, los primeros principios de Spencer, etc., etc. Todas estas hipótesis suponen que hay en la constitución del espíritu nociones generales anteriores a toda experiencia, que no necesitan ni pueden demostrarse, que se perciben instintivamente y sin las cuales no puede haber ciencia.

A la verdad, no son pocos ni poco reputados los pensadores que todavía en nuestro siglo creen que el método deductivo no necesita de base inductiva para rendir frutos apreciables. Sin contar entre ellos a Herbert Spencer, porque después de sentar esta doctrina en sus *Primeros Principios,* se contradijo a sí mismo desarrollando inductivamente su inmensa obra científica, el hecho es que pertenecen a esta escuela casi todos los que en nuestros días cultivan la filosofía abstracta. Bástenos citar en comprobación a don Enrique Gil y Robles, eminente profesor de la Universidad de Salamanca, hoy finado. En su sentir, todas las ciencias fundamentales se forman mediante un procedimiento eurístico o de lucubración interna. Para formarlas no necesita ni debe el entendimiento recurrir a la observación de los hechos: bástale recogerse sobre sí mismo y desarrollarlas deductivamente, y no se puede negar que, en efecto, es así como se han formado la teología, la ontología, la metafísica, el derecho natural y otras especulaciones análogas que durante largos siglos han usurpado el nombre, el puesto y la dignidad de las ciencias (*u*).

Pero los metafísicos (metafísicos son los pensadores que emplean la deducción sin base inductiva) no han querido que las ciencias de pura imaginación monopolizaran el empleo de este método. Distrayendo a muchos moralistas, a

(*u*) Gil y Robles, *Metodología jurídica*, pág. 13 a 16 y 38.

muchos sociólogos, a muchos economistas, a muchos juristas, etc., de la vía inductiva que espontáneamente habrían acaso seguido, han pretendido sostener que las ciencias sociales se reducen a un materialismo empírico y sin ideales cuando nacen subordinadas a los hechos, cuando no se las construye sobre la base de los principios absolutos.

Hutcheson creía que raciocinando sobre la premisa de ciertos principios originales, se podía establecer la teoría de las cosas humanas sin recurrir a la experiencia de lo pasado ni a la observación de lo presente. A juicio de Reid, todo razonamiento se debe fundar en alguno de los principios primeros, y esto no tiene más explicacion (decía) sino que a virtud de la constitución de nuestra naturaleza, no podemos prescindir de ellos en nuestras especulaciones; y con no menor ingenuidad, enseñó Hume que el filósofo puede explicár el curso entero de las cosas, tanto físicas como morales, con solo observar los principios de la naturaleza humana, tales cuales los ve en su propio espíritu (*v*).

Respecto de autores propiamente contemporáneos, nos concretaremos a recordar, para no multiplicar sin objeto las citas, que según Thiers, no hay más medio de descubrir y demostrar los derechos del hombre que observar concienzudamente la naturaleza humana, y que según Spencer, renunciar a los principios absolutos en los estudios superiores es entregarse al empirismo, es resignarse a vivir sin ideales (*x*).

Sea que tomen como base los principios absolutos o un concepto meramente intuitivo o inexperimental de la naturaleza humana, todos estos autores, todos los autores metafísicos coinciden en la propensión a prescindir de los

---

(*v*) Las doctrinas de Hutcheson, Reid y Hume las transcribimos de Buckle, *Histoire de la Civilisation en Angleterre*, t. V, pags. 159, 204 et 219.

Burlamaqui enseñó la misma doctrina, *Principes du Droit Naturel*, Partie Première, chap. I, § II, et Partie Seconde, chap. I, § II.

(*x*) Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 109.

Thiers, *Le Droit de Propriété*, liv. I, chap. II, pag. 14.

Spencer, *Justice*, chap. VII.

hechos, buscando la explicación de las cosas fuera de las cosas mismas y el origen de las instituciones sociales, nó en la sociedad, sino en el espíritu humano.

¿Cómo determinan, verbigracia, los orígenes del Estado? De una manera muy sencilla y esencialmente deductiva. En vez de estudiar la formación del Estado en sus comienzos, suponen que del estudio de la naturaleza humana se infiere que la repugna toda coerción; que de consiguiente, ha de haber habido un tiempo en que la sociedad carecía de gobierno; que en aquel estado acrático han de haber estado a la orden del día los vejámenes, las violencias, las usurpaciones y que al fin se han de haber reunido las víctimas y convenido en confiar la autoridad a uno para salvaguardar los derechos naturales de todos. En conformidad con este método, se han venido componiendo desde la Antigüedad obras como la *República*, de Platon, y *El Contrato Social*, de Rousseau, que carecen en absoluto de base positiva, que son simples lucubraciones ideológicas sin aprovechamiento posible y que siempre traen escondido un peligro para el orden social, cual es, el de suponer que siendo el Estado obra voluntaria del hombre, no ha de haber dificultad para suprimirlo mañana como no la hubo ayer para crearlo.

De análoga manera han pretendido los metafísicos explicar el origen de las instituciones fundamentales, por ejemplo, el de la propiedad. Recurriendo siempre a la imaginación para no engolfarse en pesados estudios etnográficos, han supuesto que el hombre no puede vivir sino de su trabajo y que para trabajar necesita indispensablemente apropiarse una porción de suelo. Luego, concluyen, la apropiación es un hecho necesario y providencial, un hecho esencial a la vida, y el mismo carácter ha de tener también la propiedad misma, que no es más que la apropiación convertida en derecho por el trabajo (y).

(y) Portalis, *Exposé des motifs de la loi relative a la Propriété*, pag. 25 del vol. IV, du *Code Civil des Français*.

Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 296.

Sería de todo punto inoficioso multiplicar los casos de aplicación del mismo método. Al presente está él proscrito de todas las ciencias inferiores, y fuera de los autores metafisicos y anticientíficos, ninguno lo emplea en las ciencias sociales. ¿Cuál es la causa de esta proscripción? No otra que su absoluta ineficacia, comprobada por una experiencia secular (z). Durante 25 siglos lo han empleado en sus lucubraciones los más altos ingenios de la humanidad sin haber conseguido aumentar ni con un ápice de saber el caudal de los conocimientos humanos. Su obra más preciada, la metafísica, se reduce en sustancia a un tejido de hipótesis y suposiciones incorroborables que dieron pretexto para proclamar la impotencia del espíritu humano para descubrir la verdad, y es toda entera tan discutible que en vez de servir, como toda doctrina verdadera, de vínculo de unión mental entre los hombres, jamás se encontraron dos metafísicos que se entendieran entre sí, y al contrario, no ha sido raro en la historia de la filosofía que los discípulos de cada escuela se hayan dispersado por todos los vientos sosteniendo doctrinas divergentes.



§ 5. Si el método subjetivo no ha dado frutos apreciables en las ciencias filosóficas, no se ve por qué habría de darlos en las jurídicas.

Desde Platon hasta nuestros días, se han hecho innumerables tentativas para fundar las ciencias del Estado, de la

---

(z) Korkownow, *Théorie générale du Droit*, pag. 4.

Bunge cree que ni la escuela experimental, que emplea el método inductivo, ni la escuela especulativa, que emplea el método subjetivo, pueden pretender el monopolio de la verdad y que es dable llegar a ella por uno u otro camino. Bunge, *Le Droit c'est la Force*, liv. I, chap. I, pag. 13. En su apoyo podría citar este reputado profesor algunos casos en que realmente ciertos autores metafísicos han como adivinado algunas verdades de la ciencia. Pero por otro lado, se puede observar que esta adivinación se ha fundado siempre en una experiencia más o menos inconsciente y que dichas verdades no han adquirido carácter de científicas ni han pasado de meras conjeturas hasta que la inducción las ha comprobado.

moral, del derecho, etc., sobre la base de tales o cuales principios absolutos; y sin escepción alguna, todas han sucesivamente fracasado porque las doctrinas que se forman con prescindencia de la realidad, como las metafísicas, son por naturaleza inaplicables. Es particularmente el caso de la más famosa teoría político-jurídica inventada por el subjetivismo, cual es, la del *derecho natural.*

Así como en el orden de los conocimientos generales la deducción subjetiva ha creado la metafísica, así en el orden político-jurídico el mismo método ha creado la hipótesis del derecho natural.

Atribúyese generalmente a los griegos y sobre todo a los romanos el haber sembrado con el *jure naturale* y el *jure gentium* los primeros gérmenes de esta hipótesis; pero aunque el hecho sea efectivo, debemos advertir que en la Antigüedad y en la Edad Moderna, se conocieron con los nombres de *derecho natural* y de *derecho de gentes*, hipótesis que en el fondo son muy diferentes.

En Grecia, el concepto de derecho natural se confunde de manera que sorprende con el de derecho ideal. Como quiera que normalmente el sentimiento jurídico se anticipa a la reforma de las leyes, la caducidad de las instituciones genera en todos los pueblos ideales nuevos que se hacen servir de piedra de toque para juzgarlas. Cuando ellas envejecieron en Atenas, no se atribuyó el envejecimiento a los cambios sociales sino a que originariamente no se las había dictado en conformidad con las necesidades de la naturaleza humana. Sin que se pensara en formar una doctrina, se llamó derecho natural al conjunto de normas jurídicas que se suponían conformes con la naturaleza humana y que implícitamente se proponían como modelos para reformar el orden establecido.

Cosa muy diferente fué la que los romanos conocieron con el nombre de *derecho de gentes*, a lo menos antes de Cicerón. A virtud de su privilegiada ubicación, Roma fué desde los primeros tiempos emporio de activo comercio que atrajo a los mercaderes de toda la Italia; y cuando empezaron las contiendas judiciales, se encontró con que

no podía ni aplicarles la ley romana porque eran extranjeros, ni negarles justicia porque se exponía a perder gran parte de su población y de sus riquezas. Para salvar esta doble dificultad, recurrió el pretor al expediente de fallar las contiendas entre extranjeros o entre extranjeros y romanos en conformidad con las reglas jurídicas comunes de Roma y de los demás pueblos. En sustancia, observa Sumner Maine, el *jus gentium* no es más que la suma de, las reglas, ora escritas, ora consuetudinarias que regían en todos los pueblos italianos, que eran las *únicas naciones* que por entonces estaban al alcance de la observación de los romanos y las únicas que enviaban inmigrantes al territorio de Roma (*a a*).

De estas dos someras exposiciones, se infiere que entre el derecho natural de los griegos y el derecho de gentes de los romanos había tres diferencias capitales: 1ª el derecho natural no se aplicaba, el de gentes era parte integrante del derecho positivo de Roma; 2ª a pesar de no aplicarse el derecho natural, se sostenía en principio que debía prevalecer contra el derecho positivo; el derecho de gentes no se aplicó en Roma sino en subsidio del derecho romano; y 3ª el derecho natural fué .una simple hipótesis; el de gentes, un hecho.

Cuando la filosofía jurídica de los griegos llegó a orillas del Tíber, los filósofos y los jurisconsultos romanos notaron estas diferencias, como lo prueba el hecho de que Cicerón distinguiese el *jus civile,* el *jus naturale* y el *jus gentium.* Solo dos siglos más tarde, presumiblemente solo cuando Roma se asimiló el derecho común de todos los pueblos para establecer su legislación universal, se atribuyó con Caius a la expresión *jus gentium* el significado de *jus naturale,* si bien Ulpiano mantenía todavía la distinción primitiva entre ambas (*a b*).

(*a a*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit,* chap. III, pag. 48.
Miraglia, *Filosofía del Derecho,* t. I, lib. II, cap. II.

(*a b*) Se dice de Cicerón, educado en Atenas, haber sido el primero

En la Edad Media y sobre todo, en la Moderna, se renovó el empleo de ambas expresiones, pero alterándose sustancialmente el sentido de una y otra. El *jus gentium*, que en los tiempos de la República romana fué el cuerpo de reglas civiles comunes de los pueblos italianos, pasó a ser rama del derecho público bajo el nombre de *derecho internacional* y quedó compuesto de aquellas normas jurídicas, ora escritas, ora consuetudinarias, que rigen las relaciones de los pueblos soberanos.

Hecha esta diversificacion, se reservó el nombre de *derecho natural* para un cuerpo imaginario de principios absolutos, iguales para todos los pueblos, invariables a través de los tiempos, principios que emanan de la naturaleza íntima del hombre, que rigen independientemente de las condiciones sociales y no son modificados por los cambios de las costumbres, de las creencias ni del modo de ser de los Estados. El Estado mismo es, en lo fundamental, como si dijéramos, un cuerpo geométrico de contextura inmodificable, al cual deben amoldarse quieran que no quieran las sociedades. En una palabra, para los metafísicos, el derecho natural es el molde eterno y universal de todas las organizaciones políticas y jurídicas habidas y por haber y aquéllas que en él no quepan deben ser condenadas a velas apagadas (*a c*).

que entre los romanos habló del *juris naturale*. Krüeger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, pág. 53.

Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, cap. IV, pág. 91.

Caius vivió a principios del siglo II, y Ulpiano murió asesinado el año 228. *Institutas*, lib. I, tít. II.

(*a c*) Courcelle Seneuil, *Los Principios del Derecho*, lib. III, cap. I, § 3.

Korkownow, *Théorie générale du Droit*, liv. I, chap III.

Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, pág. 91.

Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 184 et 434.

Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel*, partie seconde, chap. V, § VIII a XI.

Stahl dice que « Hugo Grotius es el creador del sistema de filosofía del derecho que se designa con el nombre de *derecho natural* y que du-

En la historia del desarrollo político-jurídico, es ésta una de las hipótesis que mayores servicios han prestado a los pueblos. Sistematizada en la Edad Moderna, cuando por una parte, había empezado la emancipación de la razón humana y cuando por otra, no tenían el Estado y las instituciones más fundamento jurídico que un origen divino ya muy discutible, trajo consigo el inmediato derrumbe de estas doctrinas teológicas, bajo de las cuales se amparaba el despotismo; y difundiendo el principio revolucionario de la soberanía popular, justificó en teoría el alzamiento contra un orden que parecía ser eterno y que mantenía aherrojados la libertad y el espíritu.

Fuera de estos dos servicios, el de dar fundamento provisorio al Estado cuando las doctrinas teológicas se derrumbaban por su propio peso, y el de justificar la revolución contra autocracias indignas y corrompidas que pretendían perpetuarse después de haber cumplido su misión histórica, la hipótesis del derecho natural no es una doctrina social que se pueda utilizar como se puede utilizar toda doctrina científica; es una doctrina metafísica de la cual

---

rante un siglo hizo autoridad y se le tuvo por el único posible y legítimo». Stahl, *Histoire de la Philosophie du Droit*, pag. 147 et 155.

A la verdad, no acierto a explicarme en qué sentido pudo Stahl atribuir a Grotius la invención de tal sistema, puesto que los teólogos católicos trataron del derecho natural a lo menos desde la segunda mitad de la Edad Media. Bástenos citar a Santo Tomás de Aquino, *Somme Theologique*, t. VI, seconde partie, première section, questions 91, 94, 95, 96, etc., etc.

Por de contado, entre la doctrina de Santo Tomás y la de Grotius hay diferencias de fondo, y entre ellas la siguiente: para Santo Tomás, el derecho natural emana de la ley divina; para Grotius, el derecho natural emana de la naturaleza humana, por manera que no dejaría de ser lo que es aun cuando Dios no existiera. Por otra parte, la exposición de Grotius es más sistemática porque se hace en una obra destinada exclusivamente al derecho natural. Pero estas diferencias no justifican el que se diga haber sido Grotius el fundador del sistema o de la ciencia del derecho natural.

Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Discours Préliminaire, § XI, et liv. I, chap. I, § X, 5.

nunca se pudo tener la menor cuenta en la organización político-jurídica de los pueblos.

Desde los primeros siglos históricos de la Grecia hasta nuestros días, siempre que se ha intentado fundar la organización político-jurídico de algún Estado en principios absolutos las tentativas han fracasado porque aun cuando teóricamente se los supone aplicables en todos los tiempos y en todos los pueblos, de hecho o no son susceptibles de aplicación práctica o solo rigen mientras no se modifica el estado social. Las constituciones más famosas y las más duraderas legislaciones han sido aquellas que con prescindencia de los principios absolutos y de los derechos abstractos del hombre, se han concretado a establecer instituciones y normas jurídicas que daban satisfacción a positivas necesidades de los pueblos.

El estudio detenido de esta hipótesis hace ver que esencialmente el llamado derecho natural se compone: 1º de aquellas instituciones, derechos y normas jurídicas que por hallarse establecidos en todos los pueblos civilizados desde la más remota Antigüedad, se suponen necesarios, inomisibles y eternos; 2º de algunos principios y derechos, verbigracia, el de la libertad personal, el de la libertad de conciencia, el de la igualdad, etc., que no estando todavía establecidos en algunos pueblos, se estiman por el sentimiento jurídico dominante indispensables a la consecución de los fines de la naturaleza humana; que en el fondo no son sino aspiraciones más o menos generosas y más o menos realizables, y que si pueden servir de ideales para la acción política en lo futuro, no pueden servir de piedra de toque para condenar lo pasado, cuando ellos ni estaban formulados ni habrían contado con el asentimiento general (*a ch*). Como quiera que en la prolongada vida de los pueblos no hay más instituciones y normas jurídicas necesarias que las requeridas por cada estado social, debemos concluir que históricamente todos los principios

(*a ch*) Miraglia, *Filosofía del Derecho*, t. I, lib. II, cap. I.

absolutos del derecho natural tienen carácter esencialmente relativo. Su ineficacia proviene de que falto del elemento de ponderación constituído por los hechos, los metafísicos llegan rápidamente a conclusiones prematuras y aventuradas que carecen de practicabilidad.

Los primeros que notaron la insuficiencia del derecho natural fueron: Hugo (1768-1844), Savigny (1779-1860) y Fuchta (1798-1846), jurisconsultos alemanes que, por el hecho de pertenecer a la escuela histórica, estaban especialmente preparados para conocer las causas y los orígenes verdaderos del derecho positivo y de las instituciones. Saliendo al frente de los sostenedores del derecho natural, la nueva escuela demostró (dice Korkounow) que el derecho entero no es más que un producto histórico de la vida de los pueblos, sujeto a una evolución regular, y que ni es creado por la voluntad de los legisladores ni constituye un código de principios eternos, absolutos e invariables (*a d*). En contra de una doctrina que supone la invariabilidad, podemos decir con Lambert que el legislador se expone a chocar con los hechos cuando pretende inmovilizar las normas jurídicas porque es tan impotente para detener o suspender el desarrollo del derecho como para fijarle el rumbo que ha de seguir en lo futuro (*a e*).

En el fondo hay una irreductible incompatibilidad entre el derecho natural y las investigaciones sociales.

Habiéndose inventado la hipótesis del derecho natural para explicar la existencia de ciertas instituciones cuando no se conocía el método de las investigaciones sociales que al presente sirve a la ciencia para determinar sus orígenes, no abarca en realidad más que una parte de la vida jurídica que se desarrolló en tiempos prehistóricos y deja sin explicación ramas enteras del derecho que se han desarrollado dentro de la historia y a nuestra propia vista.

(*a d*) Korkounow, *Théorie générale du Droit*, pag. 31 et 131. Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, liv. I, chap. I, § X, 5.

(*a e*) Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, pag. 35.

Sumner Maine observa que los mejores economistas han rehusado expresamente estudiar los orígenes sociales de la propiedad, y concretándose a celebrar sus beneficios, la han atribuído, para disfrazar su ignorancia, al estado de naturaleza (*a f*). La misma observación podemos hacer respecto de la explicación metafísica de las demás instituciones.

Si los metafísicos han sentado que la propiedad, que la familia, que el Estado, etc., son de derecho natural, es porque viniendo estas instituciones de los tiempos prehistóricos, no conocían ellos ni las causas ni el modo de su formación originaria ni la intervención que en ella tuviera el hombre. Y a la inversa, nadie dice que sean de derecho natural la estadística, las aduanas, el Consejo de Estado, el Congreso Nacional, etc., porque habiendo nacido estas instituciones dentro de los tiempos históricos, sabemos que son obras del esfuerzo humano.

Como quiera que la mayor parte de la vida jurídica de los pueblos civilizados se ha desarrollado en los tiempos históricos, es fuerza recurrir a otro método para estudiarla y explicarla.

En realidad, la hipótesis del derecho natural está virtualmente abandonada como lo prueba el hecho de que en los estudios jurídicos no se tiene la menor cuenta de ella cuando se quiere darles carácter científico. Pero con esta eliminación no se ha conseguido abrogar completamente el empleo del método subjetivo en los estudios del orden social. Hasta nuestros días quedan todavía economistas, juristas, publicistas, etc., que sobre la base de principios esencialmente relativos, esto es, subordinados a los hechos, como el libre cambio, como la libertad, como el individualismo, han pretendido desarrollar euristicamente las ciencias sociales convirtiéndolos en principios absolutos, inmodificables y eternos (*a g*).

(*a f*) Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du Droit*, pag. 290.

(*a g*) «Nous devons quant à présent (dit Stuart Mill) laisser de côté la classe nombreuse de raisonneurs qui ont traité les faits sociaux d'après

En conformidad con esta tendencia, tendencia que sin duda nació bajo el influjo de los hábitos intelectuales que se formaron en los estudios de derecho natural, Whateley pretendía que la economía política se funda en un corto número de hechos simples, universales, observables para la experiencia vulgar; que de estos hechos se infieren algunos principios generales; que esta ciencia es un mero encadenamiento de deducciones; que por consiguiente, se la debe incluir antes que entre las ciencias físicas o de observación, entre las ciencias lógicas o de razonamiento; y que es trabajo perdido y aun perjudicial el recoger muchos hechos para desarrollarla, porque lejos de llevar al fin que se busca, ellos confunden el espíritu y lo estravían induciéndole en falsas teorías. Opiniones análogas sostenía Rossi, el cual se complacía en comparar la economía política a la ciencia matemática, que sienta sus teoremas absolutos y hace sus demostraciones sin preocuparse de los frotamientos, de los choques, de las resistencias que puedan modificar la aplicación mecánica del cálculo y de las fórmulas abstractas (*a h*).

Merced a método tan absurdo, la economía política creció inflada de doctrinas de pura imaginación, que han resultado absolutamente inaplicables cuando se ha querido resolver, por ejemplo, los problemas suscitados por el socialismo contemporáneo.

---

les méthodes géométriques, sans admettre aucune modification d'une loi par une autre... J'entends parler de ceux qui déduisent leurs conclusions politiques, non des lois naturelles, non des successions de phénomènes, réelles ou imaginaires, mais de maximes pratiques inflexibles. Tels sont, par exemple, tous ceux qui fondent leur théorie politique sur ce qu'on appelle le droit abstrait, c'est-à-dire, sur de maximes universelles... Tels sont encore ceux qui supposent un contrat social ».

Stuart Mill, *Système de Logique*, t. II, liv. VI, chap. VIII, § 2, pag. 480.

(*a h*) Simiand observa que la economía política clásica sienta en sus principios una o más proposiciones que supone aceptadas de antemano sobre la psicología del hombre económico, y sobre ellas pretende levantar todo el edificio. Por ejemplo ésta: En el orden económico el móvil

Nada prueba mejor la ineficacia del método subjetivo que un hecho no raro en la historia del espíritu humano, cual es, que cada y cuando se ha estudiado un mismo problema por la vía deductiva sin base científica y por la vía inductiva, se ha llegado a dos o más soluciones diferentes, de las cuales ha predominado la que se ha inferido de los hechos. Para no estendernos sobre manera, recordemos solo un caso. Dos de los más insignes pensadores de la humanidad, Rousseau y Spencer, estudiaron respectivamente en el siglo XVIII y en el XIX el problema de los orígenes de la desigualdad. Para buscar la solución, Rousseau hizo un viaje de París a Saint Germain y en los 7 u 8 días de su permanencia en este lugar, perdido en las selvas, en la soledad y el silencio, sin un libro que le diese datos positivos, se puso a pensar cuál debió ser la historia de los tiempos primitivos; en sus meditaciones, concluyó por desdeñar las viles mentiras de las sociedades civilizadas, y comparando el hombre del hombre con el hombre de la naturaleza, llegó a descubrir que la verdadera causa de su miseria está en lo que se cree ser su perfeccionamiento (*ai*). La conclusión de Rousseau es, como se sabe, que siendo iguales por naturaleza todos los hombres, la desigualdad no puede haber nacido sino de arreglos sociales impuestos por la usurpación, la fuerza y el despotismo.

De manera muy diferente procedió Spencer. Dado que las clases sociales vienen de los tiempos prehistóricos, él pensó sin duda que corresponde a la etnografía, a la etnografía que estudia principalmente la vida de los pueblos más atrasados, darnos a conocer los primeros gérmenes y las causas originarias de la desigualdad. Para arrancar esta respuesta a di-

---

ordinario de las acciones humanas es el interés. Convertidas estas proposiciones en postulado, de ellas se saca toda la ciencia por medio de la deducción.

Simiand, *La Methode positive en science économique*, pag. 10 et 11.

Stuart Mill, *Systeme de Logique*, t. II, liv VI, chap. VIII, § 2.

Minghetti, *L'Economie Publique, la Morale et le Droit*, liv. V, pag. 440.

(*ai*) Rousseau, *Les Confessions*, liv. VIII, pag. 365.

cha ciencia, acopió, ordenó y clasificó cuantos datos encontró en las obras más fidedignas de innumerables viajeros y misioneros. Su *Sociología descriptiva* no es sino una exposición sistemática de la enorme copia de observaciones que recogió antes de generalizar; y en el curso de sus *Principios de Sociología,* demostró que la desigualdad no es impuesta originariamente por obra de la fuerza, sino por obra de las circunstancias sociales.

La divergencia de ambas conclusiones no es indiferente a la vida política de los pueblos, porque si la desigualdad trae su origen de un abuso de la fuerza, no se podría condenar la revolución que se alzara contra los usurpadores con el propósito de restablecer el imperio del derecho primitivo; y si al contrario, es obra de las circunstancias sociales, no se podrían justificar las medidas violentas, y para establecer el régimen de la igualdad, no habría más medio legítimo que el de modificar el estado social que dió vida a las clases.

§ 6. Si la deducción no puede prescindir de la base inductiva, esta subordinación ineludible deja comprender por sí sola que en los comienzos de la ciencia el papel principal corresponde a la inducción. Estudiemos las condiciones que garantizan el buen suceso en el empleo de este método.

Según lo hemos observado más arriba, el empleo del método inductivo requiere un acopio previo de hechos. Sea una u otra la naturaleza de los fenómenos que hay que estudiar, este requisito tiene el carácter de inomisible.

Mas, en las ciencias sociales y por consiguiente, en las políticas, la observación individual y directa nunca basta a la inducción positiva porque los hechos se presentan a cada persona en forma tan fragmentaria que no se podría hacerlos servir de base a la generalización sin peligro de graves errores (*a j*). Ora queramos determinar los orígenes y funcionamiento de una institución, o la existencia de una práctica, de un uso o de una costumbre, o la naturaleza de tales o cuales relaciones jurídicas, etc.; en todo caso necesitamos de la ob-

(*aj*) Korkownow, *Théorie générale du Droit*, pag. 4 et 7.

servación multipersonal para formar la base positiva con los datos parciales que cada observador recoja o suministre. Sin desechar, pues, los de la observación individual, porque la ciencia aprovecha todos, absolutamente todos los que se le ofrecen, debemos tener presente que ellos solo sirven para completar los que se obtengan por otros medios.

Tres son las fuentes principales donde la inducción puede estudiar los hechos jurídicos para inferir las leyes que rigen el desenvolvimiento del derecho y de las instituciones, a saber: la historia, la etnografía y la estadística (*ak*).

De las tres fuentes principales, la estadística, instituída casi en nuestros días, solo nos suministra hechos relativos a la vida contemporánea de las sociedades más civilizadas. La historia abarca, sin duda, un tiempo mucho más largo, puesto que sus relatos empiezan algunos siglos antes de la Era cristiana. Mas, como las instituciones fundamentales han alcanzado en todas partes un grado más o menos alto de desenvolvimiento cuando la historia empieza sus relatos, tampoco podemos estudiar en ella todo su desarrollo porque no da cuenta de sus orígenes. De aquí viene la necesidad de recurrir a la etnografía para estudiar la manera como nacen y empiezan a vivir la propiedad, la familia, el Estado, etc,

Por más predominante que sea el papel de la inducción en los comienzos de las ciencias, este predominio no la autoriza para prescindir de la deducción y proceder por sí sola. Ninguno de los dos métodos puede proceder por sí solo sino provisoriamente. Ambos deben auxiliarse recíprocamente (*al*).

(*ak*) Miraglia no encuentra más que dos fuentes, la inducción histórica y la inducción matemática o estadística; pero en la inducción histórica comprende acaso la etnográfica. Miraglia, *Filosofía del Derecho*, t. I, lib. I, cap. II, pág. 123 y 131.

Jellinek no cuenta más que una sola fuente, la historia, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V.

Westermarck, *Origine du Mariage*, pag. I.

(*al*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, Introduction, pag. II. Stuart Mill, *Système de Logique*, t. I, liv. III, chap. XI, § I.

En la filosofía se llama *empirismo* al sistema de conocimientos que se forma mediante la práctica de generalizar por la vía inductiva y no comprobar por la deductiva. El empirismo es, de consiguiente, un sistema de inferencias, o sea de inducciones precipitadas y no comprobadas (*a 11*).

En la vida ordinaria, él es de muy frecuente aplicación. Los proverbios, los adagios, los refranes y máximas populares, hechos en vista de una experiencia limitada, a veces lugareña, son generalizaciones empíricas que para fijar el rumbo de la humana conducta, suplen al conocimiento de las leyes morales y sociales.

En la política, predomina particularmente el empirismo cuando sobrevienen crisis mentales porque no habiendo durante ellas una filosofía común que inspire a los gobernantes y legisladores, estos tienen que vivir al día, que concretarse a reformas de detalle, que limitar mucho sus horizontes.

Casi todas las ciencias han pasado por un estado previo de empirismo: la alquimia es el estado empírico de la química; las investigaciones de la panacea universal y los aforismos de Hipócrates constituyen el estado empírico de la biología; empíricos son los principios del arte política sentados por Maquiavelo; y mero empirismo es la economía política clásica.

Cuando se enseña que las violencias provocan las revoluciones, y las revoluciones la reacción, se generaliza empíricamente, porque si es verdad que en ciertos estados sociales, basta un ligero abuso a provocar los alzamientos, hay otros en que las mayores crueldades no surten más efecto que el de afianzar al Poder Público.

Empíricamente se generaliza también cuando se sienta que la libertad es el fin de la política. Acaso podamos decir con fundamento que en las sociedades más civilizadas fué éste el fin más importante de la política cuando al hombre no se le permitía ni pensar, ni creer, ni enseñar, ni publicar sus obras, ni reunirse, ni asociarse, ni censurar a su gobierno. Pero a

(*a 11*) Giddings, *Principios de Sociología*. lib. I, cap. III, pág. 94 a 97.

todas luces, no podemos decir que la libertad sea el fin de la política en todas las naciones y en todos los tiempos.

Aristóteles hizo una observación social, profunda para su época, pero esencialmente empírica. Con incomparable sagacidad, advirtió que desde los siglos más remotos se habían desarrollado considerablemente en Grecia las ciencias y las artes; que los antepasados de los griegos contemporáneos habían sido verdaderos bárbaros, y que las primitivas legislaciones dejaban adivinar que se las había dictado para regir en pueblos muy atrasados. Presumiblemente (dice) nuestros antepasados se asemejaban al vulgo y a los ignorantes de nuestros días; es por lo menos la idea que la tradición nos da de los gigantes, hijos de la tierra, y sería absurdo estarse a la opinión de tales gentes: los hombres en general deben buscar, no lo antiguo, sino lo bueno (*am*). Pero si Aristóteles notó el progreso de la sociedad griega, no determinó, no pudo determinar sus causas. Aquellos cambios ¿eran efectos de causas locales o de causas generales? de causas transitorias o de causas permanentes? Se habían efectuado también en las otras naciones? Se efectuarían también en lo futuro? El príncipe de los filósofos no lo supo.

Observacion general: siempre que la ciencia se confía exclusivamente a la inducción, se expone a llenarse de nociones empíricas.

Así como la deducción, para no divagar en el vacío, necesita base inductiva, así la inducción para no quedarse a medio camino, necesita la comprobación deductiva. Aun cuando ambas vías se suelen usar por separado, no son en realidad dos caminos que lleven a Roma: son dos procedimientos de un solo método, el método positivo, que se vale del uno para descubrir las verdades fundamentales; del otro, para desarrollarlas y comprobarlas. La deducción es una hipótesis incorroborable cuando no se funda en base inductiva: ejemplo, la metafísica; la inducción tiene el carácter de simple conjetura que el estudio puede confirmar o desautorizar mientras

(*am*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. V.

no se comprueba deductivamente: ejemplo, el darwinismo.

Pero no solo es ocasionado a errores el uso independiente y exclusivo de uno u otro procedimiento sino también el uso promiscuo de ambos en el comienzo de las investigaciones. Dado que antes del estudio el espíritu semeja una tabla rasa sin generalizaciones, sin abstracciones, ni principios absolutos, es claro que no se puede emplear con acierto la deducción sino cuando la inducción ha suministrado de antemano algunas nociones generales que puedan servir de base positiva al raciocinio. En conformidad con estas observaciones, la historia del espíritu humano nos enseña que para fundar las ciencias, cuya base es la observación de los hechos, solo ha sido eficaz el procedimiento inductivo, y que el deductivo no ha servido más que para comprobarlas y para desarrollarlas (*an*). No hay ciencia alguna de carácter positivo que se sustraiga al imperio de esta necesidad lógica. Aun la astronomía, que no es más que un cuerpo de deducciones, se funda en una base inductiva, cual es, la ley de la gravitación universal.

§ 7. Trazado el camino que se debe seguir en toda investigación científica, estamos ahora habilitados para juzgar, enmendar y cambiar los rumbos, procedimientos y formas que la didáctica impuso durante veinte siglos al estudio de las ciencias jurídicas.

(*an*) Stuart Mill, *Système de Logique*, t. I, liv. II, chap. III, § 2, § 5 i § 9.

Bain, *Logique Déductive et Inductive.* Introduction, § 55, liv. II, chap. III, § 8, et chap. IV, § 3.

El mismo Aristóteles, junto con demostrar que el silogismo es la expresión de la deducción, tuvo por absurdo el suponer que por medio de silogismos se pudiera descubrir nuevos principios y enseñó que solo por medio de la inducción se podía llegar a ellos.

Según Sumner Maine, fueron Jeremías Bentham y John Austin los primeros juristas que trataron de construir la ciencia del derecho prescindiendo de los principios apriόricos, siguiendo procedimientos rigurosamente científicos, valiéndose de la observación, la comparación y el análisis de las nociones jurídicas. Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. XII, pag. 422.

Como quiera que el método positivo hace suyos y utiliza todos, absolutamente todos los medios de investigación, no podríamos decir con propiedad que los dos procedimientos tradicionales en la enseñanza del derecho, cuales son, el de interpretación histórica y el de interpretación casuística, queden proscritos y eliminados. Lo único que pasa en realidad es que el método positivo los absorbe después de rectificarlos, porque junto con repudiar las tendencias empíricas del uno y las tendencias casuísticas del otro, los relaciona entre sí y los utiliza como instrumentos complementarios de investigación y de estudio.

Los frutos que se reportan del empleo de este método en el estudio del derecho y de las instituciones, son realmente inapreciables. Mediante él, se sistematizan los conocimientos políticos y jurídicos, se les imprime el carácter positivo que distingue a la ciencia, se explican los oríjenes y las diferencias de las leyes e instituciones que rijen en los pueblos y se amplía y completa la noción del derecho. Trataremos de comprobar someramente estas afirmaciones.

Según lo hemos observado más arriba (§ 3), sea histórica, sea casuística, la exégesis induce fatalmente en el error de tomar la ley por el derecho, y el derecho escrito por el derecho íntegro. En los pueblos de legislación codificada, este erróneo concepto es afianzado por la absurda disposición que quita a la costumbre todo valor jurídico para ante los tribunales (*a ñ*). Pues bien, el método positivo nos enseña que el verdadero derecho no es más que la expresión de aquellas relaciones que espontáneamente se establecen entre los hombres con carácter coercitivo; que las leyes que se establecen por el impulso externo del legislador no crean derecho sino cuando son sancionadas por la costumbre y el asentimiento social; y que el derecho escrito nunca es completo porque jamás se lo desarrolla rigu-

(*a ñ*) Korkownow. *Theorie general du Droit*. chap. II. pag. 96.

«La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella» dice el art. 2 de nuestro Código Civil.

rosamente a la par de las necesidades y de las costumbres de los pueblos.

No se podría citar, en comprobación, caso más sugestivo que el de las relaciones de los patrones con sus obreros. Para los civilistas exégetas, ellas están acabadamente regladas por las leyes civiles y no hay conflicto que no tenga solución en las disposiciones que rigen el arrendamiento de servicios. ¿Acaso alguna prohibe a los interesados estipular todas las condiciones y ventajas que les acomoden? Pero el hecho es el hecho: sin negar la luz, no podemos negar que hasta hoy no se ha logrado por medio de estipulaciones fijar el número máximo de horas de trabajo, ni garantir el descanso semanal, ni establecer la higiene en los talleres, ni contar con la protección de los patrones en los casos de invalidez, ni prohibir el trabajo subterráneo, ni reprimir la explotación inhumana de la mujer y del niño. Cuando quisiéramos negar este vacío del derecho escrito, las continuas huelgas están diciendo a gritos que para regir las relaciones industriales entre hombres libres, no basta, no puede bastar una legislación que trae sus orígenes de la antigua Roma, cuando el trabajo estaba en manos de esclavos. La institución del contrato del trabajo en algunos Estados no es más que el reconocimiento de este vacío.

Mientras los publicistas persistieron en el empleo del método subjetivo, fué imposible encontrar la razón de las diferencias que se notan entre las instituciones similares de pueblos que se encuentran en diferentes grados de desenvolvimiento social. Cuantas hipótesis se inventaban para explicar dichas diferencias fallaban cuando se quería comprobarlas extendiendo el campo del estudio en el espacio o en el tiempo. Si el derecho natural ha caído derrumbado en nuestros días, es principalmente porque la etnografía ha conseguido evidenciar que en las sociedades primitivas no existe ninguna de aquellas instituciones que esta hipótesis suponía universales y necesarias.

En nuestros días, la general adopción del método positivo propende a encarrilar el espíritu en el estudio científico de las instituciones y a darlas una base social que las explique y

las afirme. Combatidas violentamente por el anarquismo, todas ellas y en particular, la propiedad y la familia, piedras angulares del orden jurídico, se han sentido bambolear sobre los débiles fundamentos que la metafísica les había supuesto, y no han recobrado su aplomo sino cuando se ha demostrado que son frutos y efectos de la cultura social, que no pueden desarrollarse en los pueblos primitivos ni suprimirse en los civilizados.

En sus *Orígenes del Matrimonio y de la Familia*, Giraud-Teulon hace notar este cambio de métodos que se ha venido operando en los estudios jurídicos a impulso de las ciencias naturales. La idea *a priori*, dice, la concepción mecánica imaginaria de los fenómenos, o de su sucesión quedan para lo futuro eliminadas en el terreno de las ciencias; y los elementos de las hipótesis no son ya ideas simplemente subjetivas, sino hechos, observaciones, experimentos (*ao*).

Mediante este método, se ha demostrado el desarrollo evolutivo de las instituciones fundamentales, y los que lo han empleado, Spencer, Sumner Maine, Lubbock, etc., han hecho más por el afianzamiento del orden social que aquellos autores metafísicos que suponiéndolas inmutables, se han reducido a condenar el espíritu revolucionario de los desheredados a la vez que les negaban toda satisfacción cerrando la puerta a todo avenimiento.

Fruto espontáneo de este método ha sido la teoría científica del derecho y de las instituciones. Sin que los investigadores se propusieran demostrar una hipótesis preconcebida, sus estudios han evidenciado que el derecho y las instituciones son fenómenos sociales, que se desarrollan juntamente con la sociedad a impulso de las necesidades sociales y que donde las necesidades sociales son tales, tal es el derecho, tales las instituciones; que el derecho y las instituciones cambian de un tiempo a otro y de uno a otro pueblo porque no son unas mismas las necesidades sociales en todas partes y en

(*ao*) Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage et de la Famille*, pag. 7.

todos los siglos, y en fin, que cuando no siguen el movimiento social, cuando no se amoldan a la vida social, pierden la condicion más indispensable de su existencia y quedan en el papel como fórmulas vanas e inaplicables (*ap*).

Consecuencia de esta teoría es que la ciencia del Estado no se pueda desarrollar sino subordinada a la sociología y que en ninguna otra parte sino en los grados inferiores del desenvolvimiento social debamos buscar los orígenes de las primeras instituciones. « Surge aquí (dice Posada) la interna y estrecha relación entre la sociología y la política. El problema del origen y naturaleza del Estado es un problema que tiene sus fundamentos sociológicos esenciales, pues solo determinando el origen y naturaleza de la sociedad y la ley a que obedece el desenvolvimiento de sus formas y organismos, se puede determinar la necesidad humana que da origen al Estado, que lo constituye en función y que lo organiza en virtud de la fuerza con que la necesidad se siente y

---

(*ap*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, XLVIII leçon, pag. 238 a 246.

Di Bernardo, *La Sociologia e la Pubblica Amministrazione*, t. I, pag. 390.

« Il n'est plus contesté aujourd'hui (dit Ihering) que le droit n'est point, comme on se le figurait autre fois, une agrégation extérieure de dispositions arbitraires qui doit son origine à la pensée du législateur; il est, comme le langage d'un peuple, le produit interne et réglé de l'histoire. Sans doute, l'intention et le calcul humains contribuent à le former, mais l'un et l'autre *trouvent* plutôt qu'ils ne *créent*, car la naissance et la formation des rapports dans lesquels se meut la vie de l'espèce humaine ne dépendent point d'eux. Le droit et les institutions ont surgi sous l'impulsion de la vie; c'est elle qui leur conserve leur incessante activité extérieure. La forme que le caractère du peuple et tout son mode d'existence ont imprimée au droit précède tout pensée, toute volonté législative, et celle-ci ne peut y toucher sans que sa tentative ne tourne à sa propre confusion. Lorsque nous contemplons l'histoire de la formation du droit nous la voyons se dérouler constamment sous la perpétuelle influence du caractère, du degré de civilisation, des rapports matériels, des vicissitudes du peuple. En présence des puissantes forces historiques (nous dirions *sociales*) qui la régissent, la coopération de la raison humaine, voulant créer au lieu de rester un instrument, se réduit à rien ». Ihering, *Esprit du Droit Romain*, I t., § 3, pag. 26.

de la adopción de esta misma necesidad al medio» (*aq*).

Bajo el respecto de la educación, el mayor beneficio que el empleo del método positivo brinda es el de convertir a todo estudiante en verdadero constructor de la ciencia emancipándole de la autoridad infalible del maestro, porque cuando los hechos son conocidos, cualquiera puede no solo inferir por sí mismo las conclusiones sino también rectificar las del más reputado catedrático. No son raras estas rectificaciones en las memorias que los estudiantes de medicina hacen para obtener grados universitarios con datos acopiados personalmente en las clínicas y hospitales.

Por último, a diferencia del método subjetivo, que lleva a unos a unas conclusiones y a otras a otros, el método positivo rinde unos mismos frutos en todas las manos, y sobre la base de unos mismos hechos, todos los investigadores que lo emplean llegan invariablemente a iguales resultados. Cuando dos investigadores se contradicen entre sí, la contradicción viene de que el uno ha tomado en cuenta hechos que el otro ha omitido. El método positivo, por consiguiente, extirpa de raíz en el profesorado universitario la tendencia anti-científica a formar escuelas y sectas con doctrinas subjetivas más o menos impugnables.

§ 8. Por una aberración que solo se explica cuando se conoce la tenacidad con que las preocupaciones filosóficas suelen arraigarse en el espíritu humano, tenemos que uno de los pensadores más científicos de nuestros días, como es sin duda Herbert Spencer, ha salido a la palestra en defensa de los principios absolutos y consiguientemente, del método deductivo.

Aun cuando entre los fundadores de las ciencias sociales él es acaso el que ha empleado con mayor amplitud el método inductivo, parece pretender que ellas se fundan originariamente, nó como las de la naturaleza, en el estudio de las relaciones de coexistencia y de sucesión de los fenómenos, sino en unos que llamó *primeros principios*. Su extraor-

(*aq*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, lib., III, cap. II, pág. 104. Bunge, *Le Droit, c'est la Force*, liv. III, chap. VIII, pag. 163.

dinaria paralogización le llevó hasta decir que renunciar en las investigaciones a tales principios es renunciar a los ideales que sirven de estímulo tanto a la actividad científica cuanto a la actividad política.

A la verdad, si miramos al fondo de las cosas, Spencer no contradice la doctrina que venimos sosteniendo, según la cual no es posible fundar las ciencias, en especial las de los órdenes superiores, sino mediante el método inductivo. Si aparentemente está de acuerdo con los metafísicos porque sostiene que todos los órdenes de investigación se han de fundar en principios *apriòricos*, en realidad nó, por cuanto los que él llama *primeros principios* no son absolutos como los de la metafísica, sino que son frutos, esto es, inducciones de la experiencia colectiva de los pueblos. En este punto resalta una disidencia irreductible.

Como es sabido, para los metafísicos los principios absolutos son anteriores a toda experiencia, son innatos, son evidentes por sí mismos y constituyen una base inomisible tanto de la filosofía cuanto de la ciencia experimental. Entre tanto, los principios primeros que Spencer da como fundamento a la ciencia son ciertas nociones que todos los hombres profesan porque no son formadas por la experiencia individual sino por la experiencia de la sociedad entera. Por ejemplo, la base de su obra la *Justicia* es que la libertad de cada uno no tiene más límites que la libertad de los demás; principio que nada tiene de absoluto ni de metafísico. Según la doctrina de Spencer, estos principios intuitivos no han podido imponerse al espíritu, en conformidad con la hipótesis de la evolución, sino a consecuencia de un prolongado comercio con las cosas exteriores. Por tanto, los principios apriòricos de Spencer solo se diferencian de los principios inductivos en que mientras los primeros se forman como fruto de la experiencia colectiva de varias generaciones, los otros son frutos laboriosamente formados por las investigaciones de unos pocos amantes de la ciencia (*a r*).

(*a r*) Spencer, *Justice*, § 33.

Como lo observa Simiand, en el mismo error han caído los economistas

Simplificada en estos términos la cuestión por el mismo Spencer, creemos que es procedimiento anti-científico el de dar por fundamento a la ciencia, antes de toda verificación, unas nociones empíricas perpetuadas por la educación refleja, que en el fondo es la educación irreflexiva. Formadas antes de la ciencia para suplir la falta de la ciencia, constituyen el saber del vulgo y no pueden ser incorporadas en ella sino cuando la inducción las ha sometido al crisol de escrupulosas comprobaciones. Si en algunos casos la inducción ha llegado a ratificarlas, lo más frecuente es que haya tenido que rectificarlas, que modificarlas, que ampliarlas o restringirlas antes de ponerles el sello de la verdad científica. Si hubo en los pasados tiempos creencia general, fundada en la experiencia de todos los hombres, fué sin duda la de que el sol gira alrededor de la tierra, y sin embargo ¿quién no comprende cuán irracional y absurdo habría sido que Copérnico, Kepler y Newton hubieran pretendido fundar la astronomía sobre la base de semejante principio?

Durkheim observa que el hombre no puede vivir en medio de las cosas sin formarse acerca de ellas algunas ideas que le sirvan para reglar su conducta. Antes de que la ciencia las estudie y nos dé el concepto positivo, ya tenemos sobre ellas conceptos más o menos groseros, y como estas nociones, tan imperfectas como son, están más cerca de nosotros que las realidades por ellas representadas, propendemos naturalmente a sustituir las realidades por las ideas y a convertir las ideas en base de nuestras especula-

clásicos, porque han sentado como postulados de la económica principios que en realidad son frutos de una observación más o menos inconsciente. « Il est vraisemblable (dit-il) que la déduction psychologique dont se vantait l'économie politique, était illusoire. Les applications des principes de l'intérêt personnel au cas d'actions économiques particulières, que de bonne fois souvent, l'on s'imaginait déduire de ce principe même, étaient en réalité le résultat d'une observation, sommaire, inconsciente peut-être, mais réelle et indispensable ». Simiand, *La Méthode positive en science économique*, pag. 22.

ciones. Esta manera de proceder se encuentra aun en el origen de las ciencias físicas. Por ella caracterizaba Bacón el método que seguían los sabios de su tiempo y que él impugnaba. Las nociones de que hablamos son *notiones vulgares* o *praenotiones*, que él cree ver en la base de todas las ciencias, usurpando el lugar de los hechos. Son *idola*, especies de fantasmas que nos desfiguran el verdadero aspecto de las cosas y que, sin embargo, tomamos por las cosas mismas.

En las ramas especiales de la sociología, esta tendencia empírica de los estudios es más manifiesta. Los hombres no han esperado el advenimiento de la ciencia social para forjarse ideas sobre el derecho, la moral, la familia, el Estado, la sociedad misma. En los estudios de sociología es cabalmente donde estas *praenotiones* dominan más los espíritus sustituyéndose a la realidad. Si hablamos en particular de la moral, podemos decir que no hay un solo sistema en que ella no aparezca como el simple desarrollo de una idea inicial que la contendría toda entera en potencia. Para unos, esta idea la encuentra el hombre formada en sí desde su nacimiento; para otros, ella se forma lentamente en el curso de la historia. Pero los empíricos tanto como los racionalistas, creen que esta idea envuelve cuanto hay de real en la moral (*a s*).

Como bien se comprende, la práctica de utilizar en el estudio nociones preconcebidas (*praenotiones*) viene tanto de la imperfección de nuestra inteligencia, que no nos permite llegar en un acto primo a la verdad, cuanto de su natural pereza, que para librarse de laboriosas investigaciones, nos hace aceptar, sin comprobación, generalizaciones pre-establecidas. Pero sea uno u otro su origen, semejante práctica no puede contar con la aceptación de los investigadores a no ser con carácter provisorio y bajo la inomisible condición de comprobar previamente toda *praenotion* que se quiera adoptar como principio de las investigaciones.

(*a s*) Durkheim, *La Méthode sociologique*, chap. II, pag. 20 a 30.

Las nociones que forman el saber del vulgo son observaciones de corto alcance que generalmente carecen de valor científico. Nacidas de una experiencia superficial que no tiene ni medios ni voluntad para penetrar hasta el fondo de las cosas, no se puede decir ni que sean falsas ni que sean verdaderas sino cuando han sido sometidas a los procedimientos comprobatorios que la lógica aconseja. No es dable que en los estudios científicos nos sometamos a la autoridad del vulgo más incondicionalmente que a la de los grandes investigadores. Si en microbiología prestamos fe a la palabra de Koch y de Pasteur, es porque nos consta que antes de sentar sus conclusiones, emplearon con la más rigurosa escrupulosidad todos aquellos medios de investigación y comprobación que garantizan contra el error. Entonces ¿por qué habríamos de aceptar *a priori*, como base del estudio y de la ciencia, nociones vulgares que se forman sin examen detenido de los hechos y que se infieren de la apariencia más bien que de la realidad de las cosas?

Dicho esto ¿debe entenderse que queda proscrito en absoluto el empleo del método deductivo? Absolutamente. No habrá investigador ni filósofo que crea posible renunciar a cualquier medio de investigación.

Gil y Robles dice que en cuanto se puede colegir con desconfianza de acierto, entre el laberinto intrincado de conceptos mal definidos, obscuros y equívocos, método positivo experimental es el que excluye el elemento de la deducción. No hay tal cosa. El método positivo, según la teoria fundamental de Comte y de Stuart Mill, aprovecha todos los medios investigatorios para descubrir la verdad y unas veces sigue la vía inductiva, otras la deductiva (*a t*).

Lo que hay es que no se puede en cada caso ni adoptar arbitrariamente uno u otro procedimiento, ni emplear la deducción sin base inductiva. Cuando se trata de fundar una ciencia, se entiende que no hay principios inductivos que puedan servir de base; solo hay hechos que caen bajo la

(*a t*) Gil y Robles, *Metodología Jurídica*, pág. 105.
Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. II, pág. 81 a 83.

jurisdicción de la inducción. Adoptar la vía deductiva en las investigaciones iniciales es suponer que hay principios científicos antes de que haya ciencia.

Así mismo, en toda obra de arte o de aplicación, la deducción es no solo lícita sino indispensable. Sea en la pintura, en la escultura, en la música, sea en la política, en la administración, en la justicia o en la legislación, el agente reduce su acción a realizar un ideal, esto es, a aplicar un principio, una verdad, una doctrina, un concepto inductivo. Toda obra de arte es una obra deductiva.

Este carácter resalta muy particularmente en la confección de las constituciones políticas. Cuando se trata de organizar un Estado nuevo o de reorganizar uno antiguo, espontáneamente empiezan los repúblicos por discutir cuáles principios convendrá adoptar como base: la república o la monarquía, el sistema unitario o el federal, la democracia, la aristocracia o la autocracia, el régimen represivo o el preventivo. Una vez fijados los principios fundamentales, la cuasi totalidad de las disposiciones constitucionales se deriva de ellos. A la minoría vencida en la discusión de las bases, no queda en tales casos más recurso que la de obtener concesiones y modificaciones en la deducción de las consecuencias lógicas observando que dados tales y cuales hechos, una constitución rigurosamente deductiva sería una obra ideológica que en estos y aquellos puntos no se amoldaría a la realidad.

Carácter deductivo tiene también el arte social por excelencia, el arte política, como que en el fondo se reduce a la aplicación de las generalizaciones de la ciencia social al gobierno de los pueblos. A la verdad, estas generalizaciones son *conclusiones* que la ciencia establece por medio de la inducción; pero cuando la política quiere utilizarlas, les da con toda propiedad el nombre de *principios* porque a ella, que emplea el procedimiento deductivo, le sirven de bases inductivas, esto es, de premisas.

En este sentido, pero solo en este sentido, Appleton ha podido decir muy cuerdamente que « aquellos que no han estudiado la historia de las legislaciones no pueden com-

prender con facilidad cómo es que el método deductivo aplicado al derecho garantiza eficazmente la propiedad, la libertad y la vida misma. La verdad es que sin este método, todo caería en manos de la arbitrariedad... porque los jueces no tendrían freno que les sujetara» (*a u*).

Reconocemos, pues, los inapreciables servicios que la deducción presta a las artes y a las ciencias, y lo único que condenamos es en el fondo el que se la emplee sin base inductiva y fuera de tiempo.

En contra de esta conclusión, ha sostenido Spencer que renunciar a los principios absolutos para dar base a las deducciones y a la ciencia es renunciar a todo ideal, es vivir al día, es entregar la política en manos del empirismo (*a v*).

En nuestro sentir, es grave error imaginar que la política, el arte y la legislación quedan sin ideales cuando renuncian a los principios absolutos. Eso pudo suceder en tiempos anteriores, cuando no se conocía una doctrina científica que reprimiera las tendencias empíricas sistematizando la acción política. En nuestros días, si se renuncia al ideal imaginario e inasequible de la metafísica, se rinde homenaje al ideal positivo y realizable de la ciencia.

Para concebir este ideal en el orden político, basta determinar las tendencias espontáneas del desarrollo jurídico relacionando siempre el estudio del derecho con el estudio de la sociedad. Se sabe, por ejemplo, que en los pueblos más atrasados impera el régimen de la comunidad agrícola; en los de civilización media, la comunidad doméstica, y que la propiedad individual es institución peculiar de la cultura europeo-americana. Conocida esta evolución, el estadista que se encuentre a la cabeza de una comunidad primitiva sabe que debe dirigir todos sus esfuerzos a disolverla en un porvenir más o menos remoto. Para sistematizar así su acción política, no necesita creer que la propiedad es de dere-

(*a u*) Appleton, *Méthode dans l'enseignement du Droit*, pag. 244 de la *Revue International de l'Enseignement*, t. I de 1891.

(*a v*) Spencer, *Justice*, chap. VII.

cho natural; concepto que no se compadece con el hecho mismo de la comunidad ni con la imposibilidad de disolverla en un momento dado. Le basta saber que las tendencias espontáneas de la sociedad, bajo el impulso del comercio y de la industria, llevan derechamente a la individualización de la propiedad.

Otro ejemplo: cualquiera puede observar que en las sociedades cultas de nuestros días, se ha pronunciado de tres siglos atrás una tendencia irresistible a la secularización de las instituciones, alimentada por la secularización más y más completa del espíritu humano. Las tentativas de resistencia que se han hecho por la reacción no han conseguido otra cosa que provocar el desbordamiento de la corriente un instante detenida. Ahora ¿de qué sirve al estadista el estudio de esta evolución? Le sirve para sistematizar sus esfuerzos, para evitar las contradicciones, para conocer el fin a donde ha de encaminar sus pasos. Si no quiere perturbar la sociedad poniéndose en choque con sus tendencias espontáneas, debe favorecer el cumplimiento de aquella evolución propendiendo a desligar al Estado, siempre que la cultura alcanzada lo permita, de cada uno de los vínculos que lo unen todavía a la Iglesia.

En consecuencia, el único ideal que la nueva doctrina destruye es el de aquella escuela que, enamorada de principios metafísicos, cree tener en su mano la constitución absolutamente perfecta y quiere imponerla a todos los pueblos prescindiendo de las condiciones sociales. Científicamente, no hay, no puede haber una organización político-administrativa que cuadre a todos los pueblos, por la misma razón que no hay, que no puede haber una piel elástica que calce al cuerpo de todos los animales.

§ 9. Si para dar carácter científico a nuestros estudios tenemos que recurrir indispensablemente al método positivo, no se estimará inoficioso el que expongamos a vuela pluma la manera como lo vienen aplicando los más reputados juristas y publicistas de nuestros días.

Según lo observamos más arriba (§ 2), durante algún tiempo se creyó que el método propio de los estudios po-

líticos y jurídicos era el método histórico, el cual se concreta a exponer las formas sucesivas que el derecho y las instituciones han revestido en cada pueblo a través del tiempo. Pero la simple relación de los hechos puede ser historia, puede ser erudición, puede ser labor previa para fundar la ciencia, y no más. Para ser ciencia, tiene que ir acompañada de la determinación de sus causas.

Habiendo quedado manifiesta la deficiencia del método histórico en su forma primitiva, se lo perfeccionó por Savigny (1779-1860) y su escuela, enderezándolo a buscar en la filiación social, esto es, en la organización y en el desenvolvimiento de las sociedades, las causas que originan y desarrollan el derecho y las instituciones de los Estados (*a w*).

Pero bien pronto se notó que tampoco se llegaba a la ciencia con este primer perfeccionamiento del método histórico, porque cuando se aplica al estudio aislado de cada sociedad, lleva él a conclusiones particulares, nó a conclusiones generales; manifiesta cómo han nacido y se han desarrollado en ella el derecho y las instituciones, pero no está a su alcance manifestar si el derecho y las instituciones nacen y se desarrollan de la misma manera en todas las sociedades, esto es, si su nacimiento y su desarrollo han obedecido a causas locales y transitorias o a leyes permanentes y universales. Para dar esta amplitud a los estudios políticos y jurídicos, ha sido menester recurrir al *método comparativo* (*a y*).

Algunos ejemplos harán apreciar mejor cuán diversas son las conclusiones a que se llega con uno y otro método.

En el estudio de los procedimientos judiciales de los bárbaros invasores, habían notado los historiadores del derecho ciertas formas, prácticas y trámites que no se conocieron en el foro romano, ni se han renovado en él de las naciones contemporáneas. Entre esas prácticas singulares, les había llamado vivamente la atención una que les parecía pugnar con todo sistema público de administración de justicia, cual

(*a w*) Stahl, *Histoire de la Philosophie du Droit*, pag. 520 et 521.

(*a y*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, pag. 312.

es, que el procedimiento para exigir el pago de una deuda no empezaba por una demanda entablada ante el juez, sino por un acto ejecutivo de embargo no autorizado: el acreedor se presentaba en el domicilio del deudor, y de propia autoridad le embargaba bienes bastantes a cubrir el crédito. Como quiera que los autores aludidos no habían encontrado ni ejemplos ni antecedentes en la historia jurídica de la civilización europea, habían concluído que tal procedimiento era una peculiaridad de la raza germánica. Posteriormente, merced a estudios comparativos, se ha eliminado por completo esta superficial explicación. Habiéndose averiguado que el mismo procedimiento se seguía entre los celtas irlandeses (*a x*) y presumiblemente en la India y en otros pueblos, se ha concluído que él trae su origen del régimen primitivo, régimen universal, que faculta a cada hombre para hacerse justicia por sí mismo, y que, por consiguiente, no es peculiar de una raza sino de un estado social.

Otro ejemplo. Se encuentra en el código de los burgundas, dice Glasson, una disposición que parece haber sido peculiar de aquel pueblo, cual es, que el padre no podía en general, disponer libremente de sus bienes; pero si por acto entre vivos los dividía entre él mismo y sus hijos, quedaba facultado para enajenar su propia cuota, seguro de que a su muerte no podrían sus herederos anular las enajenaciones (*a z*). Pero los estudios comparativos demuestran que no hay tal peculiaridad. Lo que hay es que donde la propiedad tiene el carácter de doméstica, el padre no puede disponer de ella por sí solo prescindiendo de sus hijos, que son sus condueños, y que en algunos pueblos donde ella propende a individualizarse, se autoriza la partición para que el padre pueda disponer de su cuota desinteresando a los demás comuneros.

A la verdad, son innumerables las prácticas que la historia del derecho pasó en un tiempo por peculiaridades de

---

(*a x*) Sumner Maine, *Les Institution Primitives*, chap. X, pag. 349 à 362.

(*a z*) Glasson, *Le Droit de Succession*, pag. 44.

tal o cual pueblo y que en realidad no son, según lo han demostrado los estudios comparativos, más que formas jurídicas correspondientes a tales o cuales grados de la cultura social.

Strabon creía que era costumbre peculiar de los dálmatas la de redistribuir cada ocho años la tierra entre todos los jefes de familia (*b a*); pero ahora sabemos que la redistribución periódica de los campos de cultivo es práctica que se sigue donde quiera que impera el régimen de la comunidad agraria (*b b*).

Análogamente se había creído hasta hoy que las comunidades de aldea no existían más que en Rusia y se atribuía su existencia al espíritu particularmente comunista de la raza eslava; pero ahora sabemos que estas comunidades han existido en los pueblos más diversos, en la antigua Italia y en la antigua Germania, en el Perú y en la China, en Méjico y en la India, entre los escandinavos y entre los árabes, porque son propias de aquel estado social que precede a la individualización de la propiedad (*b c*).

Estos ejemplos, que fácilmente podríamos multiplicar, nos manifiestan, por una parte, que no es dable confundir la Ciencia del Derecho y de las Instituciones con su historia, y por otra, que para llegar a conclusiones realmente científicas, hay que recurrir indispensablemente al método comparativo, que prescindiendo de las causas y circunstancias locales y nacionales, atribuye el desarrollo político y jurídico de los pueblos a la ley general del desenvolvimiento social.

Cuando el método comparativo fué adoptado por primera vez en estos estudios, ya había probado en otros su admirable eficacia. Ha sido el método comparativo el que ha creado en nuestros días, a nuestra vista, la mitología comparada, la filología comparada, la legislación com-

(*b a*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, chap. V, § 5.

(*b b*) Laveleye, *Origines de la Propriété*, chap. IX, pag. 157.

(*b c*) Laveleye, ob. cit., chap. I, pag. I.

parada, etc., etc., ciencias que han nacido de cuerpo entero, que no han tenido infancia, que parecen haber sido obras de la generación espontánea.

Mediante el empleo de este método, el sociólogo ha descubierto una perfecta regularidad en todos los fenómenos sociales, aun en aquellos que parecen ser más arbitrarios; y merced a él, adquieren importancia capital en los estudios políticos y jurídicos, todos los pueblos, aun aquellos que se encuentran en estado de mayor atraso.

«En su bello libro de la *Política Comparada*, Freeman declara (dice Starcke) que el descubrimiento de este método es un acontecimiento de tanta importancia que por sí solo hace del siglo XIX uno de los grandes siglos de la historia de la humanidad» (*b d*).

Susceptible de aplicaciones prácticas a la manera de todo método científico, el comparativo rinde frutos inapreciables a la vida política de los pueblos porque cuando se ha probado la filiación social del derecho y de las instituciones, se acaban todas aquellas ideologías y tentativas que suponen la omnipotencia del legislador. No citaremos más que un caso para poner de manifiesto la manera como el método comparativo puede influir en la vida política de los pueblos.

Es sabido que según la doctrina de los jurisconsultos romanos, la propiedad es creación del legislador, y que en nuestros días profesan esta misma doctrina la mayor parte de aquellos que no la juzgan institución de derecho natural. Implícitamente participan también de esta opinión las muchedumbres socialistas porque cuando reclaman el restablecimiento de la comunidad agraria, suponen en el fondo que el Estado es árbitro de constituir y disolver la propiedad. Entre tanto, de las investigaciones que se han hecho con este nuevo instrumento de observación social, cual es el método comparativo, resulta que la propiedad se constituye por obra espontánea del desarrollo social, que en su

(*b d*) Starcke, *La Famille Primitive*, pag. I.

constitución originaria no tiene el Estado más poder que en la formación de los astros y de las montañas y que cuando él interviene no interviene para crearla, sino para reglamentarla, para fortalecerla y para garantizarla. Conclusión: no está en manos del legislador restablecer la comunidad de bienes donde impera el régimen de la propiedad individual; y si intentara imponerla a viva fuerza, su empeño causaría de pronto verdaderos desastres económicos y a la larga, fracasaría fatalmente.

§ 10. Estudiar científicamente una institución cualquiera es determinar su formación originaria, su organización actual y las causas sociales de su nacimiento y de su desarrollo. Pero cuando uno se propone hacer tal estudio, se siente embarazado por una duda que los sociólogos y publicistas científicos no han resuelto de manera uniforme, cual es: dónde se debe estudiar el origen del derecho y de las instituciones (*b e*).

Si el estado de las sociedades más atrasadas de nuestros días se pudiera tomar como tipo del estado primitivo de la humanidad, sería sin duda en ellas donde tendríamos que estudiar los orígenes del Estado y sus instituciones (*b f*). Pero en este punto no hay completa conformidad. Según una escuela que representa los intereses y las creencias tradicionales, el salvaje de nuestros días no sería una reproducción del hombre primitivo; sería una degradación (*b g*);

(*b e*) A juicio de Jellinek, son punto menos que ociosos los estudios etnográficos sobre el origen de las instituciones, porque la mayor parte de las veces la razón de su establecimiento es una y la de su subsistencia otra muy diferente. «Il n'est pas necéssaire (dice), pour bien comprendre le caractère d'une institution, de connaître tout son passé; il suffit de la connaître à partir du momment où elle répond à sa destination actuelle; là seulement commence son développement véritable, ce n'est qu'à partir de ce moment que son passé apparaît en connexion vivante avec le présent». Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V, pag. 72.

(*b f*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, lib. III, cap. II, § 4, pág. 109.

(*b g*) Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 39.

y si prestáramos asenso a esta doctrina, fuerza nos sería concluir que no podemos estudiar los orígenes primitivos del Estado en las tribus de Australia y de la Polinesia, del Africa Central y de la Tierra del Fuego.

Muchos autores (dice Lubbock) creen que el hombre primitivo fué un simple salvaje y que la historia humana no es más que la constancia de un progreso lento y no interrumpido, por más que en algunas ocasiones, ciertas sociedades hayan permanecido estacionarias durante largos siglos, y aun a veces retrogradado. Pero otros no menos eminentes sostienen una hipótesis diversa, cual es, que el hombre fué en sus principios, más o menos, lo que es al presente y que sus cualidades intelectuales no fueron inferiores a las de los europeos contemporáneos, aun cuando no alcanzara a conocer las artes ni las ciencias. Conclusión: los salvajes de nuestros días son descendientes degenerados de nuestros primeros padres (*b h*).

Si quisiéramos acopiar datos positivos para tomar partido en esta disconformidad, tropezaríamos con dificultades punto menos que insalvables, porque los orígenes de la cultura humana y aun los de la cultura occidental son absolutamente desconocidos. Sabemos que la civilización europea procede de Egipto y Judea, de Grecia y Roma, pueblos que florecieron al rededor de la hoya del Mediterráneo. Pero acerca de los orígenes de cada uno de ellos no hay sino fábulas y mitos.

Un estado social cualquiera no puede perpetuar su recuerdo sino por medio de las artes, pero ellas, esto es, la escultura, la pintura, la arquitectura, la escritura, la industria, etc., no se conocen en el estado primitivo porque son creaciones de la cultura humana, muy lenta y laboriosamente formadas. En realidad, cuando nos proponemos determinar los orígenes de la cultura humana, planteamos un problema de términos contradictorios porque para saber

(*b h*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, Appendice I.
Lyell, *L'Ancienneté de l'Homme*, chap. XIX, pag. 419.
Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 41 et 42.

donde empieza ella, necesitamos monumentos de recordación que no pudieron existir en los tiempos primitivos de la humanidad (*b i*).

No obstante, en la historia de las sociedades civilizadas quedan innumerables indicios y tradiciones de lo que fué su estado primitivo, y ellos dejan presumir que nuestros primeros padres tenían todas las notas que distinguen al salvaje más salvaje de nuestros días.

Recurriendo a estos medios de investigación, podríamos demostrar, verbigracia, que el hombre primitivo llevó vida errante, que no conoció ni la propiedad, ni la agricultura y que, por consiguiente, vivió de la caza y no tuvo habitaciones de materiales sólidos (*b j*).

Que esta pintura es exacta lo prueban primeramente unas tradiciones que corrían en todos los pueblos civilizados de la Antigüedad, según las cuales todos los Estados fueron fundados, sin excepción, por tribus venidas de países lejanos; ninguno por tribus auchtóchtonas. Generalizando la misma observación, dice Sumner Maine que no existe pueblo alguno del cual se pueda afirmar que ocupa su domicilio originario (*b l*). Pues bien, si advertimos que el Estado supone la vida sedentaria, como *a priori* lo deja colegir su etimología, fuerza nos es tener aquellas tradiciones por reminiscencias reales, siquiera sean vagas, de la primitiva vida nómade.

Corrobora estas tradiciones la práctica que desde los tiempos prehistóricos se conservó en los pueblos antiguos de computar las riquezas en especies muebles. Mientras para nosotros la riqueza por excelencia es la tierra, el *Genesis* la cuenta en oro, en plata, en tiendas y cabezas de ganado; y si para significarla usaban los romanos la expresion *familia pecuniaque*, esclavos y ganados, fué sin duda

(*b i*) Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 44

(*b j*) Tylor, ob. cit., chap. II, pag. 45 et 47.

(*b l*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VII, pag. 281

porque tuvieron bienes antes de que se constituyese la propiedad raíz (*b m*).

Mucho más que estos indicios y tradiciones, prueba la vida nómade de los pueblos primitivos el régimen del estatuto personal, que durante largos siglos ha imperado en las sociedades más civilizadas. Como es sabido, con arreglo a este régimen las leyes de cada Estado no obligan ni aprovechan a todos los habitantes del territorio nacional, sino a todos los individuos de la tribu o del pueblo, o de la clase, o de la nación, esto es, a todos los que se suponen ligados por los vínculos de una sangre común. ¿Cuál es el origen del estatuto personal? Mientras se persistió en el error bíblico de asemejar nuestros padres a los europeos de nuestros días, los jurisconsultos apuntaban el hecho sin explicarlo. La explicación vino por sí misma cuando se sentó la hipótesis, siquiera fuese con cargo de comprobarla, de que en el estado primitivo los pueblos antiguos llevaron vida errante.

Si nos propusiéramos exponer todos los indicios que prueban el salvajismo de nuestros primeros padres, no tendríamos cuando acabar. Solo para reforzar nuestra tesis, expondremos algunas observaciones, a nuestro juicio decisivas, que se infieren del desarrollo general de la civilización.

Hase desarrollado la civilización siguiendo un proceso de causalidad social, porque cada período ha engendrado al subsiguiente, y los elementos que constituyen la cultura de hoy son hijos de los que constituyeron la de ayer. Independientemente de las cualidades morales e intelectuales de cada generación, la industria, las artes, las ciencias, las religiones, el derecho, aparecen tanto más desarrollados cuanto más se avanza en la historia; y viceversa, cuando los estudiamos retrospectivamente, aparecen tanto más reducidos

---

(*b m*) *Génesis*, cap. XIII, § 2 y 5

Pecunia viene de *pecus*, ganado, y *familia*, de *famulus*, criado, esclavo. La mujer y los hijos formaron parte de la familia porque originariamente tenían la condición jurídica de los esclavos.

cuanto más nos remontamos a sus orígenes (*b n*). Según el pensamiento de Pascal, se puede mirar la humanidad como un hombre inmortal que se enriquece constantemente acumulando progreso a progreso porque cada generación agrega los frutos de sus propios esfuerzos a la herencia de las generaciones pasadas. Podemos, entonces, concluir que al hombre primitivo le faltó, como le falta al salvaje contemporáneo todo aquello que para el hombre culto constituye la civilización humana (*b ñ*).

Inferida del desarrollo histórico, esta conclusion está confirmada por la etnografía, porque nadie ignora que en los grados medios de cultura subsisten claros indicios del salvajismo primitivo y que, por la inversa, en los grados mas bajos no se ha descubierto resto alguno de procedencia culta (*b o*).

Concretándonos al pueblo israelita, que entre los de la Antigüedad clásica era el que tenía idea más elevada de sus orígenes, su procedencia salvaje está atestiguada no solo por sus propias tradiciones sino también por ciertas prácticas y costumbres que jamás nacen en sociedades civilizadas. Sus patriarcas fueron simples caciques de tribus nómadas o pastoras, como que a uno de ellos atribuía la leyenda el haberlas radicado en Canaán. No conocían el uso de los metales según se infiere del mito de Tubalcain y del empleo del cuchillo de piedra en las ceremonias religiosas, y tenían por moneda los animales y las pieles. Por último, la práctica de los sacrificios humanos, de cuya abolición se conservaban vagos recuerdos, la adoración de la serpiente y del becerro de oro, el culto de los altos lugares, el exterminio de los vencidos, el rapto de las muchachas extranjeras, la venta de las propias hijas, etc., etc.,

(*b n*) Bagehot, *Développement des Nations*, liv. I, pag. 16 et liv. III, pág. 124.

(*b ñ*) Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 30 et 36.

(*b o*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, chap. I, pag. 2 et appendice.

son prácticas que evidentemente no tienen su origen en un estado anterior de civilización.

Esta conclusión envuelve la solución del problema. Poco importa que en respeto a las creencias tradicionales, se sostenga que bajo el respecto moral e intelectual el hombre primitivo valió intrínsecamente tanto como el europeo contemporáneo. Lo importante, lo decisivo es que las condiciones de su vida, las condiciones sociales en que tuvo que actuar no difieren sensiblemente de aquellas en que actúan el neo-zelandés y el fueguino de nuestros días, y mientras no se pruebe que han cambiado la naturaleza humana y las leyes del desenvolvimiento político, no tenemos por que suponer que el Estado nació en las tribus primitivas de los tiempos prehistóricos de manera diferente de como nace en las tribus salvajes del presente (*b p*).

§ 11. — Demostrado que sin mayor peligro de error podemos buscar en las sociedades más atrasadas de nuestros días los orígenes del Estado, no queda pendiente en lo tocante a los métodos, más cuestión que la de saber si en los estudios sociales se debe proceder de lo compuesto a lo simple, o sea de lo derivado a lo primitivo, como algunos filósofos lo han pretendido, o si por la inversa, se debe seguir en ellos el mismo camino que se sigue con todas las ciencias inferiores.

La lógica enseñó siempre que el estudio racional debe ir de lo simple, que es lo más fácil, a lo compuesto, que es lo más difícil; y de lo primitivo, que es lo elemental, a lo derivado, que es lo complejo. Al empezar el estudio de los ele-

---

(*b p*) « C'est à celui qui prétend qui la pensée et l'action humaines ont été régies dans les temps primitifs par des lois essentiellement différentes de celles qui régissent le monde moderne, à donner des preuves sérieuses de cette anomalie, faute de quoi la doctrine de la permanence des principes restera établie comme elle l'est en astronomie et en géologie. Le fait que la culture ait obéi aux mêmes tendances dans le cours de la vie des sociétés et qu'on puisse déduire de ce qui a eu lieu aux âges historiques ce qui s'est produit à des periodes préhistoriques, doit être adopté comme principe fondamental des recherches etnographiques ». Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 37.

mentos constitutivos del Estado, decía ha veinte siglos el más grande de los pensadores: «En esta materia, como en todas, remontar al origen y seguir el desarrollo es el procedimiento más seguro para estudiar con acierto» (*bq*).

Pero Augusto Comte, al contrario, enseña que en biología y en sociología es no solo lícito sino indispensable invertir este procedimiento. Cuando estudiamos el mundo físico, dice, es el conjunto lo que escapa a nuestra observación; la noción del sistema solar es la más compleja que podamos concebir; la del universo no será jamás realmente positiva.

Por el contrario, en los dos órdenes superiores de la biología y la sociología son los detalles los que escapan a la observación cuando se les especializa demasiado. De consiguiente, en la filosofía inorgánica son inasequibles los grados superiores de complegidad, y en la orgánica, los inferiores de simplicidad; y la peculiar naturaleza de unos y otros fenómenos, impone la inversión del procedimiento. La lógica solo debe exigir que se proceda de lo conocido a lo desconocido, y dentro de esta regla el investigador es libre para empezar, según el objeto de la investigación, o por lo simple o por lo compuesto. Tal es la conclusión de Comte (*br*).

Otros autores son de sentir que no hay razón bastante para invertir en los estudios sociales los procedimientos seguidos en los demás órdenes de investigaciones. Estudiando el método seguido por ciertos mitólogos, que es el mismo indicado por Comte, Herbert Spencer apunta los graves errores en que se incurre cuando se procede analíticamente, esto es, de lo compuesto a lo simple, en vez de proceder sintéticamente, esto es, de lo simple a lo compuesto (*bs*).

Imbuidos, por ejemplo, en las ideas religiosas de los pueblos cultos, los mitólogos aludidos parten de la nocion superior de la unidad divina y llegan consiguientemente a

(*bq*) Aristóteles, *La Politique*, liv. I, chap. I, § 3.

(*br*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. VI, leç. XLVIII, pag. 259.

(*bs*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 310.

concluir que las sociedades primitivas son sociedades monoteistas. Mas, cuando se han visto forzados a reconocer que los salvajes no profesan las doctrinas religiosas que se suponen ser las primitivas, han tenido que negar el desarrollo intelectual y suponer que el fetiquismo y el politeismo son degradaciones del monoteismo, y que las sociedades salvajes no son sociedades en estado primitivo sino sociedades en estado degradado. El método sintético, por el contrario, demuestra que lo primitivo es lo más simple y grosero, esto es, el culto fetiquista; y concluye lógicamente que en la humanidad no ha habido degradación del monoteismo al fetiquismo, sino desarrollo del fetiquismo al monoteismo.

Se han hallado en toda Europa, inclusive, en Italia y Grecia, y en las llamadas cunas de la civilización, en Siria, en Egipto y en la India, fragmentos numerosos de cuchillos de piedra; y por otra parte, siempre que la historia los menciona, aparecen usados exclusivamente en las ceremonias religiosas. Ahora bien, procediendo de lo compuesto a lo simple, se concluye que donde ha habido cuchillos de piedra ha existido coetáneamente la práctica de los sacrificios; y por la inversa, procediendo sintéticamente, se demuestra que en todas las sociedades primitivas el uso de la piedra precede al de los metales, y que de consiguiente, donde ha habido cuchillos de piedra, ha vivido un pueblo de procedencia primitiva, que no ha pasado a usarlos exclusivamente en las ceremonias religiosas sino cuando ya los había reemplazado en los otros usos por los intrumentos metálicos (*bt*).

Mientras se ha tratado de explicar la propiedad, la familia, el Estado, las lenguas, las religiones, etc., etc., sin estudiar sus orígenes, se han forjado las hipótesis más estrafalarias, con las cuales si se han aclarado unas dudas, se han suscitado otras. Porque en las sociedades cultas se veían estas cosas en el estado de organismos perfectamente desarrollados, se ha juzgado que las causas más naturales, que son las más simples, no bastan a explicarlos; y en general, se ha creído que

(*bt*) Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*. Appendice I, pag. 485.

los resultados que ellos han producido han sido las causas que los han originado. Así es, por ejemplo, como se ha supuesto que el estado de paz que la organización política garantiza, ha sido una de las causas originarias del Estado cuando los estudios de las sociedades primitivas prueban evidentemente lo contrario, a saber, que en todas ellas el Estado nace para la guerra, hasta el punto que muy frecuentemente sus funciones se suspenden en la paz. Estas observaciones nos hacen ver que en las materias sociales el conocimiento realmente científico se forma sobre la base del estudio de los orígenes. Es punto ya demostrado, dice Tylor, que aquellos que estudian sistemáticamente materias de moral o de legislación a través de las edades salvajes y bárbaras para llegar al período de la civilización, aportan a estas investigaciones un elemento científico indispensable, del cual prescinden a menudo sin escrúpulo alguno aquellos autores que las tratan bajo el respecto puramente teórico (*bu*).

Multiplíquense cuanto se quiera los casos y en todos se verá que para descubrir verdades fundamentales, solo es procedente el método sintético o inductivo, y que solo para comprobarlas o descubrir verdades derivadas, se puede emplear el analítico o deductivo.

Una buena parte de los errores políticos y sociales que priman en los pueblos cultos, emana justamente de la indebida inversión de los procedimientos lógicos. Cuando se pregona la libertad como principio absoluto, por ejemplo, es porque se juzga aplicable a todas las sociedades, aun a las sociedades primitivas el régimen político que conviene a las más cultas.

Cuando Locke y Rousseau sostenían que el origen del Estado es un contrato social, no hacían sino retrotraer a las sociedades primitivas un modo de ser propio de las más cultas, suponiendo en los salvajes el criterio suficiente para apreciar las ventajas de la organización política y para contratar libremente en atención a ellas. Y la acritud con que ciertos

(*bu*) Tylor, *Civilisation Primitive*, t. II chap. XIX, pag. 575.

pensadores censuran las instituciones y las costumbres políticas y religiosas del pasado, emana de que las juzgan con el criterio moral del presente, como si fueran degradaciones de las actuales. Al contrario, aquellos que las estudian desde sus orígenes, se sienten naturalmente inclinados a admirar el desarrollo regular a que han estado sujetas desde el estado primitivo o de simple embrión hasta el de perfeccionamiento y desarrollo en que hoy las contemplamos.

El mayor peligro que se evita siguiendo la vía inductiva que va de lo simple a lo compuesto, es el de tomar el derecho y las instituciones del Estado por obras caprichosas del legislador. Cuando se sigue la vía inversa, cuando se empiezan los estudios por las sociedades más adelantadas, donde la ley ocupa el lugar de la costumbre, nos inclinamos a pensar que sin la acción legislativa no puede haber ni orden jurídico, ni organización política, porque todo lo existente aparece arreglado por la soberana voluntad del legislador. Y a la inversa, cuando los empezamos por las más atrasadas, donde el derecho y las instituciones nacen y se desarrollan por efecto del solo impulso social, sin que ley alguna les dé vida, entonces quedamos perfectamente habilitados para admitir la noción científica que relaciona el desarrollo político y jurídico, por íntimo e indisoluble nexo, con el desarrollo de la sociedad.

Para seguir este orden en nuestros estudios (se entiende que con cargo de comprobar en seguida nuestras conclusiones siguiendo el orden inverso), no importa que no podamos conocer las formas más simples que el derecho y las instituciones hayan podido tener en las tribus más primitivas de la humanidad. Sin creer como Jellinek que el desarrollo del derecho y de las instituciones no se deba estudiar sino desde el momento histórico en que ellos empezaron a servir a su actual destinación (*bv*) porque eso es discurrir con criterio profesional de jurisconsulto, no con criterio científico,

(*bv*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V, pag. 72.

nos parece que basta determinar la manera como el orden jurídico y la organización política germinan y se desarrollan en las sociedades más atrasadas de nuestros días.

Sumner Maine, que entre los juristas contemporáneos, es acaso el que ha manifestado un criterio más científico, demuestra igualmente la necesidad que hay de estudiar los orígenes del derecho para comprender su desenvolvimiento. A mi juicio, dice, si las hipótesis que privan sobre el derecho, no resuelven los problemas de esta rama de la ciencia, es porque no se han estudiado para forjarlas aquellos estados sociales en que han nacido las instituciones jurídicas que se trataba de explicar. En realidad, los jurisconsultos no han tratado de observar la sociedad en que vivían y a lo más también las sociedades afines; y en cuanto a las más antiguas o más diferentes, se han limitado a formar conjeturas.

Pero no se comprende, continúa el autor citado, por que tal método sería más permitido en las investigaciones jurídicas que en cualesquiera otras. Lo natural parece ser, a la inversa, empezar por el estudio de las formas sociales más simples en el estado más cercano a su condición primitiva. Porque aun cuando los fenómenos que las sociedades más atrasadas presentan, no son fáciles de comprender a primera vista, la dificultad de explicarlos, es bien poca en comparación de la que el estudio del complejo organismo de las sociedades cultas ofrece (*b x*).

Si cada estado social, en efecto, es mero desarrollo de un estado social preexistente, a las claras se infiere que estudiar las sociedades superiores antes que las inferiores, equivale a estudiar el efecto antes que la causa cuando justamente es la causa lo único que puede explicar el efecto.

Base fundamental de las ciencias sociales es que las costumbres, las ideas y las instituciones de cualquiera época, se explican por las de la época inmediatamente anterior. Entre tanto, según el procedimiento que para estudiar las

(*b x*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 112.

sociedades propone Augusto Comte en contra de su propia doctrina, ocurriría cabalmente lo inverso, a saber, que las cosas de una época se explicarían por las de la época siguiente y en una serie de fenómenos sucesivos, la causa sobrevendría después del efecto.

La conclusión lógica es, por tanto, que para llegar a comprender los fenómenos complejos o derivados, se ha de estudiar previamente los fenómenos simples o fundamentales, pero que al procedimiento sintético debe seguir indispensablemente la comprobación analítica.

El conocimiento que se adquiere de un organismo superior antes de estudiarlo en el estado de simple embrión, es esencialmente empírico o incompleto; y las sociedades y las instituciones no parecen ser un fenómeno natural sino cuando se estudia su desenvolvimiento desde su estado embrionario. Cuando el estudio desciende de las superiores a las inferiores, se encuentran pueblos más y más atrasados, cuyo atraso no se explica sino suponiendo una degeneración inexplicable, contraria a todo lo que pasa a nuestra vista y a lo que ha ocurrido dentro de la historia, por manera que para adquirir la noción científica del desarrollo, es indispensable ascender de las inferiores a las superiores.

Tal será el método que en la presente obra seguiremos para averiguar la formación de la estructura político-administrativa del Estado.

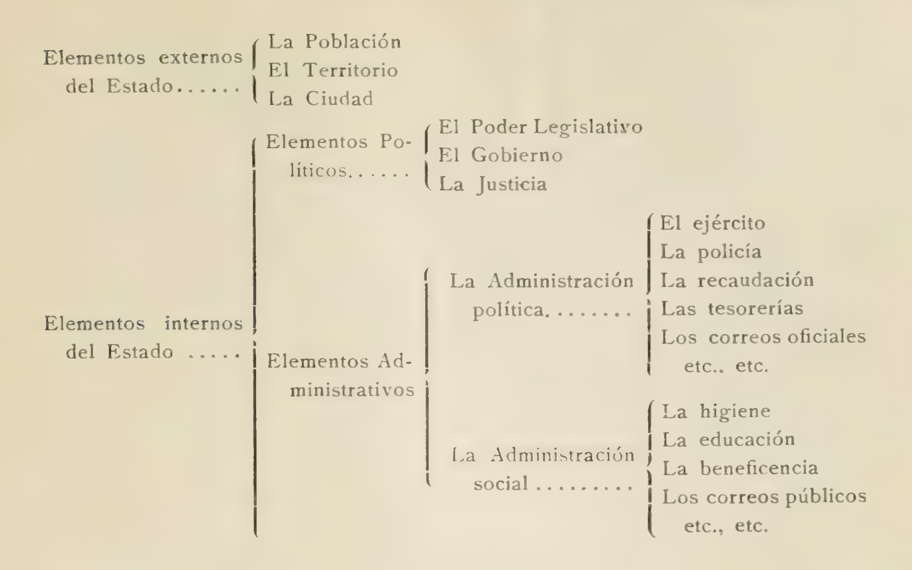
§ 12. Expuesta la teoría de los métodos en cuanto interesa a nuestras investigaciones, réstanos enunciar y clasificar las materias que en esta obra estudiaremos y el plan general que en nuestros estudios posteriores seguiremos.

Como quiera que nuestro propósito se concreta a determinar la génesis de las instituciones originarias del Estado, las cuales se cuentan en los dedos de una sola mano, creemos proceder con acierto absteniéndonos de hacer en esta obra divisiones que suponen el pleno desarrollo del organismo político. Separar, por ejemplo, los estudios de derecho político de los de derecho administrativo, es más que conveniente, indispensable, cuando se trata de abarcar la organización de un Estado culto, esto es, de un Es-

tado plenamente desarrollado, porque sin esa separación ellos se extraviarían en la multiplicidad de las instituciones y no nos llevarían a notar con claridad cuán diversa es la naturaleza jurídica de aquellas que han sido creadas para prestar *servicios* y de aquellas que lo han sido para ejercer una parte del Poder Público. En tales casos, la diversa naturaleza de las materias impone la necesidad de no confundirlas en un mismo estudio como si todas constituyesen una masa homogénea.

Mas, cuando se trata de investigar los orígenes del Estado, semejante procedimiento no tiene aplicación, no tanto porque sean muy pocas las instituciones cuya génesis hay que determinar, cuanto porque en los primeros grados del desenvolvimiento político, cada una de ellas desempeña promíscuamente funciones de la más diversa naturaleza. En tales casos las distinciones que se pretendiera hacer serían puramente ideológicas porque no corresponderían a la realidad de las cosas. Como quiera que la investigación de la génesis del Estado tiene por naturaleza el carácter de estudio meramente preliminar o propedéutico, es claro que sus conclusiones, destinadas a servir de base común al derecho político y al derecho administrativo, se deben determinar sin tener mayor cuenta de una distinción que en realidad no se necesita sino para estudios posteriores. De manera análoga se procede en todas las ciencias: las nociones generales y fundamentales se exponen antes que las especiales y derivadas.

En discordancia con la mayor parte de los publicistas, creemos nosotros que la ciencia general del Estado, sin perjuicio de los estudios especiales de derecho político y de derecho administrativo, se debe estudiar con arreglo al siguiente plan:



Esta clasificación, que a primera vista podría parecer meramente ideológica, está rigurosamente fundada tanto en la real complegidad del Estado cuanto en la distinción capital de la parte general y de las partes especiales del sistema. Vienen en ella primeramente los elementos externos, que en mayor o menor grado interesan a todas las ramas del derecho, y a continuación los elementos internos, entre los cuales se distinguen los de carácter político y los simplemente administrativos. No hay en este plan nada de arbitrario porque él, con sus clasificaciones, está determinado por la varia naturaleza de los elementos que componen el Estado. La misma distinción del derecho político y el derecho administrativo, que en los estudios de la génesis del Estado no puede diseñarse con mucha claridad, se impone con calidad de indispensable cuando se quiere conocer la diversa naturaleza jurídica de las instituciones de uno y otro orden.

Para nosotros, el derecho administrativo no es más que el conjunto de disposiciones que instituyen los servicios públicos, que fijan sus atribuciones, que limitan el campo de sus tareas, y no cabe confundirlo con el derecho político,

que es el conjunto de disposiciones que instituyen los Poderes Públicos, que fijan sus facultades, que reglamentan su ejercicio, que limitan el campo de sus jurisdicciones.

Aunque esta distinción tan lógica y tan clara es desconocida por los publicistas, se encuentra instintivamente sancionada por el sentido común, como bien lo deja entender un hecho que día a día se repite en los pueblos americanos. Nótese que cada y cuando queremos instituir o mejorar un servicio para cuyo desempeño no encontramos aptitudes en los nacionales, recurrimos sin vacilaciones al arbitrio de contratar extranjeros, y traemos a estos países instructores militares de Francia y Alemania, pedagogos de Alemania y Norte América, ingenieros navales de Inglaterra, ingenieros hidráulicos de Holanda. Pero por muy malo que sea nuestro gobierno, por más desprestigiado que esté nuestro Congreso, por mucho que prevariquen nuestros tribunales, jamás se nos ocurre remediar estos males contratando en Bélgica o en Suiza gobernantes, legisladores o jueces. ¿Por qué? porque si nada tiene de chocante contratar extranjeros para que nos sirvan, instintivamente nos repugna la idea de contratarlos para que nos manden. Un pueblo independiente puede sin desmedro confiarles el desempeño de algunos servicios públicos; pero sería indigno de su independencia si también les confiara el ejercicio de una parte cualquiera de su soberanía.

A nuestro juicio, si es verdad que el error engendra el error, la confusión del derecho político y el derecho administrativo viene de otra confusión anterior, la del derecho político con el derecho constitucional. Como quiera que ordinariamente aparecen entremezcladas en las Constituciones las normas jurídicas de carácter político con las de carácter administrativo, no se ha acertado a distinguirlas y clasificarlas y se ha preferido confundirlas en un solo cuerpo, asaz heterogéneo.

Nada más injustificado que semejante confusión. En su sentido más lato, la Constitución del Estado abarca la suma total de las instituciones que lo integran y de las disposiciones que rigen su funcionamiento y las relaciones jurídicas de

los ciudadanos. Las instituciones civiles, como la propiedad y la familia, integran el organismo del Estado al mismo título que las más grandes instituciones políticas y administrativas.

Empero, en la práctica se reserva el nombre de derecho constitucional al conjunto de disposiciones que están contenidas en una Constitución y que envuelven la solución de aquellos problemas políticos, civiles, administrativos, militares, penales, etc., que se discutían y tenían por fundamentales al dictarla. Si de ordinario prevalecen en el derecho constitucional las disposiciones de derecho político, casi siempre las hay también de derecho administrativo, y aun de derecho civil, de derecho penal, de derecho comercial. Constituciones rigen en el mundo que no comprenden la organización de algunos de los Poderes Públicos y que en cambio establecen las bases de tales o cuales servicios administrativos. Bástenos citar la Constitución del Imperio Alemán, fecha el 16 de Abril de 1871, que no instituye la monarquía imperial porque la da por establecida y que aplica varios de sus artículos a la organización del servicio ferroviario (Arts. 41 a 47) y varios otros a la del servicio de correos y telégrafos (Arts. 48 a 52). En suma, el derecho constitucional es un derecho mixto y solo en virtud de una sinécdoque, esto es, tomando por el todo la parte más importante, se puede llamarlo derecho político.

Cualquiera que sea el peso de estas rápidas observaciones, nos bastará dejar establecido que en ellas, o sea, en la neta distinción del derecho político y del derecho administrativo, está fundado nuestro plan general de la Ciencia del Estado. Sin embargo, en la presente obra, que en el fondo no es más que un capítulo preliminar de dicha Ciencia, ya hemos dicho que no podremos ajustarnos rigurosamente al orden preinserto de las materias. Por efecto de circunstancias sociales que hemos de estudiar a su tiempo, el gobierno forma a los principios parte integrante del ejército, y por efecto de la conexión orgánica que al nacer une a ambas instituciones, el estudio de la génesis y desarrollo de este Poder del Estado es todo uno y se completa y se aclara con el de la génesis y des-

arrollo de la fuerza pública. En mérito de éstas observaciones, hemos creído que no debíamos separar ambos estudios por la intercalación de estudios extraños y que debíamos colocarlos el uno a continuación del otro alterando, nó la clasificación, sino el orden que en el plan preinserto corresponde a las materias que vamos a estudiar.

CAPÍTULO SEGUNDO

La Población (a)

SUMARIO. — § 13. La población. — § 14. Los nómades. — § 15. El fraccionamiento tribal. — § 16. Proporcionalidad entre la población y la producción. — § 17. Medios de fomento de la población. — § 18. Hostilidad recíproca de las tribus. — § 19. El estatuto personal. — § 20. Prácticas que neutralizan el desarrollo espontáneo de las tribus. — § 21. Alianzas perpetuas de tribus. — § 22. Composición tribal de las naciones semi-civilizadas. — § 23. Las naturalizaciones. — § 24. La inmigración. — § 25. Integración de la población por la fuerza. — § 26. Formación de la clase dominante y de la clase servil.

§ 13. Sin necesidad de hacer observaciones ni muy detenidas ni muy profundas, todo Estado aparece a nuestra vista, cualquiera que sea el grado de su desenvolvimiento, como un sistema orgánico compuesto de los elementos internos y externos que más arriba (§ 12) hemos enunciado.

Aun cuando prácticamente sea imposible destruir la conexión orgánica que los une entre sí, es frecuente que la abs-

---

(a) Ordinariamente, cuando la sociología habla de la *sociedad*, el derecho internacional de la *nación*, el derecho político del *pueblo* y el derecho administrativo de la *población*, estas cuatro ciencias se refieren a una misma entidad conocida con cuatro diferentes nombres que se la aplican según el aspecto por donde se la estudie. *Sociedad* se dice de la población cuando se la estudia regida por las leyes naturales. *Población* se dice de la sociedad cuando se la considera regida por las leyes administrativas. *Nación* es una población constituída de antiguo en Es-

tracción separe los unos de los otros para simplificar su estudio; y cuando se ha hecho esta separación, los elementos externos, esto es, la población, el territorio y la ciudad, aparecen al investigador como un medio ambiente donde funcionan el Estado y sus instituciones.

En el estudio de la génesis del Estado, esta separación tiene por efecto inmediato el de fijar el orden de nuestras investigaciones. Si para los efectos del estudio ella convierte los elementos externos en medio ambiente del Estado, lógicamente tenemos que estudiar el campo donde las instituciones funcionan antes que las instituciones mismas porque la vida de todo lo orgánico se desarrolla subordinada a las influencias externas.

De los tres elementos externos del Estado, el más importante es la población, sujeto y objeto por excelencia del derecho y de las instituciones (*b*). Muchos servicios administrativos, el censo, la higiene, la beneficencia, la enseñanza, la policía de seguridad, etc., etc., se instituyen en bien de la población sin tener mayor cuenta ni de su radicación territorial, ni de su mayor o menor diseminación. Así mismo, la mayor parte del derecho penal, del derecho

---

tado y que, o pertenece a una misma raza, o se compone de varias razas que se han asimilado moralmente y están animadas de un espíritu común.

Por lo tocante a la palabra *pueblo*, tiene tres acepciones: I[a] es aquella parte de la población que por medio del voto y de la palabra, dirige la vida política del Estado; 2[a] por extensión, se la usa como sinónima de nación cuando se dice el pueblo chileno, el pueblo inglés, y 3[a] en castellano, se la usa también en el sentido de pequeña agrupación urbana.

Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, liv. II, chap. II, pag. 71 et chap. V, pag. 92.

Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, tit. III, pags. 147 à 210.

Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, cap. IX, X y XI.

Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. IV, cap. IV, § 3.

Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, t. I, lib. I, cap. I.

(*b*) Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. IV, § 2.

civil, del derecho político no se preocupa más que de la población en sí misma y prescinde casi por completo de los otros dos elementos externos que integran al Estado.

Sin duda hay en el derecho civil, en el derecho comercial, en el de minería, etc., ramas importantes que se concretan a reglamentar las cosas, la propiedad, los contratos, la explotación de las minas, etc. Sin duda en el derecho administrativo hay vastas secciones que se concretan a ordenar la división territorial del Estado, a reglamentar la viabilidad, a imponer el aseo de las calles, a instituir el servicio de desagües y alcantarillas, etc. Aun podríamos agregar que la mayor parte del derecho administrativo de cada Estado no mira a la población, sino al territorio y sobre todo, a la ciudad.

Así es la verdad; pero también lo es que sin excepción alguna, todas aquellas partes del derecho que no se refieren directamente a la población, suponen su existencia y se proponen su bien.

Si se componen los caminos, se los compone en bien de la población; si se fomenta la industria, se la fomenta para enriquecer la población; si se establece la policía urbana, se la establece para la comodidad y salud de la población; si se organiza cualquier servicio administrativo, se lo organiza invariablemente con el propósito de mejorar las condiciones jurídicas, económicas y sociales de la población; y en fin, si se fijan reglas para el goce de la propiedad y para la celebración de los contratos, se las fija en interés del bienestar de la población.

A ninguno se puede razonablemente ocurrir que cuando se dicta una ley de división territorial, se tenga en vista el bien del territorio: lo que se persigue es la mejor administración y gobierno de la población. Ninguno puede pensar tampoco que cuando se fijan reglas para la apertura y pavimentación de las calles, para el alineamiento de las casas, para la higiene, el ornato y el alumbrado de las ciudades, para el laboreo de las minas se tenga en vista el bien de las ciudades o de la industria minera; lo que se persigue es el bienestar, la salud y el placer de sus habitantes.

En este sentido se puede decir que la población, considerada unas veces como un cuerpo orgánico y colectivo, y otras como la suma divisible de los habitantes de un país, es el objeto único del derecho porque cuando se habla del territorio, se la estudia radicada en una parte determinada del globo, y cuando se habla de las ciudades, se la estudia en el estado de aglomeración.

En la antigua ciencia política, que había establecido una dualidad absurda considerando como cosas absolutamente diferentes la sociedad y el Estado, la población no fué estudiada sino por un lado, como objeto del derecho, esto es, como masa pasivamente sujeta a las autoridades. Esta doctrina trunca adquirió los caracteres de doctrina clásica y oficial bajo el imperio prolongado de los gobiernos autocráticos, siempre interesados en desconocer todo papel activo a la población atribuyendo a los hijos del Estado el carácter de *súbditos* y negándoles el de *ciudadanos* (*c*).

La ciencia contemporánea ha rectificado a fondo estas doctrinas. Para ella no son cosas diferentes la sociedad y el Estado porque esencialmente el Estado no es otra cosa que la sociedad políticamente organizada. En los tratados de derecho público, que no tienen carácter científico sino descriptivo, se puede definir el Estado diciendo, por ejemplo, que es el conjunto de instituciones establecidas para mantener y desarrollar el orden social; pero en un tratado

(*c*) Jellinek. *L'Etat Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag. 35.

La teoría que impugnamos es la que Savigny, por ejemplo, establece en las siguientes líneas:

« La confusion de toutes ces idées (celles du mot *peuple*) a conduit à attribuer à l'ensemble des gouvernés tant le droit idéal du peuple considéré comme unité naturelle que les priviléges du *populus* romain, et à placer ainsi la souverainité entre les mains des sujets. Si même, sans faire ce dernier pas, on atribue la souverainité à la réunion de tous les individus contemporains gouvernants et gouvernés, on n'arrive pas à un résultat plus vrai. D'abord *l'Etat ne se compose pas de tous les individus pris par tête, mais de certains catégories que crée la Constitution* ». Savigny, *Traité de Droit Romain*, t. I, liv. I, chap. II, § X, pag. 29.

científico, hay que empezar por reconocer el hecho positivo, cual es, que la población, que la sociedad es no solo objeto pasivo del derecho, sino también parte integrante y sujeto activo del Estado. Si en la realidad, la misma entidad que por sí o por sus órganos hace el derecho es la que lo cumple ¿por qué no reconocer el hecho positivo, cuál es, que la población desempeña el doble papel de objeto y de sujeto? Acaso iríamos a sostener que el personal del Estado, sus gobernantes, sus legisladores, sus jueces, sus militares, sus empleados administrativos constituyen una casta política extraña a la población? Nó, de ninguna manera; hay que concluir con Jellinek que la población es no solo objeto de obligaciones pasivas sino también sujeto de obligaciones activas y que por efecto del desarrollo general de la cultura política, todo hombre sometido a la potestad del Estado tiene como garantía, frente a dicha potestad, los derechos y las prerrogativas de una persona (*d*).

Para tener una población que sirva de base al Estado, no basta que muchos hombres se encuentren viviendo dentro del perímetro de un mismo territorio, porque si ellos están divididos en fracciones antagónicas, cuyas disidencias son irreductibles y cuyas fuerzas se equilibran y neutralizan, entonces no hay allí propiamente una población; hay dos o más poblaciones que aun cuando vivan entremezcladas, no se confunden y que estando moralmente separadas por divergencias fundamentales, no son susceptibles de someterse a un gobierno común. Una población heterogénea solo puede servir de base al Estado cuando sus razas, sus castas, sus clases, sus sectas, sus partidos, no obstante el antagonismo de sus intereses y aspiraciones particulares, están animados de un mismo espíritu, el espíritu nacional. Es este elemento psicológico el que constituye la unidad de la población, y el Estado mismo lo requiere para su existencia porque sin *coordinación*, no puede haber *subordinación*,

---

(*d*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. II, chap. XIII, pag. 37 et 38.

y sin subordinación no puede haber organización política (*e*).

Exagerando los peligros de la heterogeneidad, los Estados primitivos buscan siempre, para constituirse, poblaciones enteramente homogéneas. Cuando por la victoria se subyugan elementos extraños, se los deja, para mantener la homogeneidad, fuera del cuadro del Estado. Salvo los casos excepcionales de asimilación por medio de las naturalizaciones y las adopciones, el empeño más perseverante de los pueblos atrasados se dirige a mantener la triple unidad de sangre, de lengua y de creencias (*f*). La intolerancia de los israelitas en la Antigüedad contra los extranjeros y la de los católicos en la Edad Media contra los herejes no fueron sino simples manifestaciones del temor que abrigaban los gobernantes, inspirados por falsas preocupaciones, a que el Estado sucumbiera si la población perdía su homogeneidad.

Sin que se desconozcan las ventajas de la homogeneidad social y demográfica, en las etapas superiores de la cultura política no se la requiere indispensablemente porque a la unidad objetiva, fundada en la identidad de sangre, de lengua, de creencias, se ha subrogado la unidad subjetiva, fundada en la identidad de los destinos históricos, del espíritu nacional, y de los ideales sociales (*g*).

Que el funcionamiento de las instituciones públicas tropieza con menos dificultades en los Estados de población

(*e*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. III, cap. VI, pág. 162.

Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, liv. I, tit. I, chap. II, pag 180.

Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag 36 et 37.

Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, t. I, lib. I, capítulo I.

(*f*) Platon, *Les Lois*, liv. IV, pag 123.

(*g*) Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, pag. 204 a 298.

Bunge, *Le Droit c'est la Force*, § 60.

homogénea y que esta circunstancia autoriza al arte política para propender, sin perjuicio de la libertad, a unificar los elementos heterogéneos, no hay que dudarlo. Pero si por obra de los acontecimientos históricos se ha formado una entidad internacional con elementos de diferentes razas, religiones, lenguas y cultura, la hetereogeneidad no justificaría la afirmación de que falta la base demográfica para constituir el Estado. Donde hay una masa de hombres que han corrido en la historia una suerte común, que independientemente de la fuerza coactiva se avienen a perseguir unos mismos destinos y que ante los extraños aparecen unidos para la defensa, allí se debe constituir un Estado por más grandes que sean las dificultades con que los Poderes Públicos hayan de tropezar (*h*).



§ 14. Cuando se estudia una sociedad cualquiera de las que forman el núcleo de la civilización, se nota que las más de sus industrias, de sus costumbres y de sus instituciones suponen la vida sedentaria. Especialmente la propiedad y la familia, que sirven de fundamento al orden civil, requieren de tal manera la fijeza de la residencia que jamás se las encuentra constituidas en los pueblos nómades.



De este hecho, que no se puede negar, se ha querido inferir por ciertos autores que el estado *natural* de las sociedades es el sedentario y que de consiguiente, solo por excepción y degeneración llevan algunas vida errante (*i*).

Si los autores aludidos se concretasen a enseñar que por causa de los establecimientos industriales, de los hábitos domésticos, de la propiedad inmueble y de la enorme acumulación de cosas muebles, las sociedades tienen que vivir arraigadas en lugares determinados, su doctrina no merecería reparos porque sería simple expresión de un hecho general y positivo. Desgraciadamente la propensión inven-

(*h*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. II, chap. IV, pag. 85. Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, t. I, lib. I, capítulo I.

(*i*) Thorel, *Del Origen de las Sociedades*, pág. 208.

cible a generalizar les ha inducido en el error de dar a su doctrina un alcance que solo hasta cierto punto tiene fundamento en los hechos. Partiendo de un hecho puramente imaginario, cual es que las sociedades fueron creadas por una inteligencia superior con todas sus instituciones fundamentales, los metafísicos y los teólogos pretenden concluir que ellas nacieron sedentarias y que la vida nómada que algunas llevan es una vida anómala.

Esto es pura fantasía. Ni las observaciones acopiadas por la etnografía y la historia, ni las más antiguas tradiciones de la humanidad acreditan que alguna vez en alguna parte algún pueblo haya retrogradado del estado sedentario a la vida nómada. Lo que unas y otras acreditan es al contrario que mientras las sociedades se atienen, para sostenerse, exclusivamente a la producción espontánea e intermitente de la naturaleza, vagan errantes de comarca en comarca en busca de sustento; que mediante la adopción de la agricultura, algunas se radicaron para siempre en el curso de la historia echando las bases de prósperas naciones, y que de consiguiente, la vida nómada es tan natural en el estado de mayor atraso como lo es la sedentaria en el de mayor adelantamiento.

En las relaciones de sus viajes por las regiones centrales del continente africano, Livingstone y Stanley mencionan numerosas tribus que después de millares de años de existencia, viven todavía errantes, sin duda a causa de su ineptitud para los trabajos agrícolas.

Araujo dice de los charrúas del Uruguay que cuando la caza y la pesca «llegaban a faltar en una región, la horda, total o parcialmente, se trasladaba a otro sitio»; y Nordenskiold dice de los chorotis y de los ashluslayos del Chaco boliviano que cada uno no posee más que lo que su familia puede llevar consigo, porque todos cambian a menudo de residencia en busca de alimentos (*j*).

(*j*) Araujo, *Historia de los Charrúas*, t. I, cap. X, pag. 64.
Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 29 et 37.

En los propios territorios de Chile y de la Argentina, la población de origen caucásico ha vivido siempre, desde la conquista, codeándose con tribus errantes. Según Rosales, los puelches usaban casas portátiles y a menudo se mudaban porque vivían de la caza de avestruces y guanacos y en acabándose ella en una comarca, pasaban a otra; y según Alonso de Ovalle, los indios pampas tenían « por cierto género de prisión y cautiverio el atarse a un lugar », y para conservar la libertad de sus movimientos, no querían « tener casas, ni huertos, ni jardines, ni haciendas », que fuesen « como grillos » que no les dejasen sacar el pie y pasaban « una vida alegre, hoy aquí, mañana acullá » (*k*). Por último, Darwin dice de los fueguinos que a causa de

---

Con referencia a ciertos indígenas del Ecuador, dicen Juan y Ulloa: Toutes les fois que les habitants (des villes) ont pris les armes pour les repouser, ils n'ont eu d'autre avantage que d'être entrés sur leurs terres et d'y faire quelques prisonniers, après quoi il a fallu s'en retourner comme on était venu, sans aucun butin, car ces peuples ne possédant rien et n'estimant rien de ce que les autres hommes estiment *portent toutes leurs richesses avec eux*, et quand ils se voient poursuivis d'un côté, ils passent dans un autre ». Ulloa y Juan, *Voyage au Pérou*, première partie, liv. VI, chap. IV, pag. 298.

De unos indígenas del Río de la Plata, dice Oviedo: « Estos *guirandos* son flecheros e no tienen pueblo, sino que de unas partes a otras andan con sus mugeres e hijos y lo que tienen ». *Historia General y Natural de las Indias*, t. II, lib. XXIII, cap. III, pág. 173.

De los *jacroas*, que vivían a la boca del Río Paraguay, dice el mismo Oviedo: « Esta gente no tiene assiento ni pueblo conoscido: van de una parte a otra corriendo la caza, y llevan consigo sus mugeres e hijos, e las mugeres van cargadas de todo lo que tienen ». Oviedo, ob. cit. t. II, libro XXIII, cap. XII, pág. 191.

Por último, de los indígenas de Castilla del Oro, dice el mismo historiador que no permanecen en punto alguno sino que pasan de un río a otro en busca de oro « y assi se mudan segund su propósito, al modo de los alárabes en Africa, que traen sus mugeres e hijos consigo, e todo lo que tienen ». Oviedo, ob. cit. t. III, lib. XXIX, cap. XXVII, pág. 132.

(*k*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXVI, pág. 151.

Alonso de Ovallo, *Histórica Relación*, lib. III, cap. VII, pág. 177.

Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, t. I, cap. X, páginas 289.

que su alimento principal es el marisco, tienen que cambiar continuamente de residencia, si bien por la misma causa vuelven con las estaciones a ocupar el paraje que abandonan (*l*).

Esta vida nómada (observa Dingelstedt) es impuesta a las poblaciones atrasadas por la necesidad de procurarse alimentos para sí y para sus ganados porque viven exclusivamente de los frutos espontáneos y agotables de la naturaleza. Entre ellas se cuentan los kirguizes pastores, que viven al oriente de la Rusia europea y que a causa de que no practican la agricultura, yerran en busca de las pastadas en el invierno hacia el sur, y en el verano hacia el norte (*m*).

De la semejanza de costumbres y de conformación craneal, se ha inferido que los kirguizes son directos descendientes de los antiguos escitas. Pues bien, cuando Heródoto menciona a estos ilustres antepasados de los kirguizes, dice de ellos que no tenían ciudades, ni casas o habitaciones fijas, que no vivían de la agricultura sino del pastoreo y que vagaban de una comarca a otra llevando en carros sus hatos y familias (*n*).

Los antiguos conocieron muchos otros pueblos nómades. El solo Strabon menciona un gran número. Entre el mar Caspio y la Germania, asiento en nuestros días de grandes poblaciones agrícolas, este geógrafo encontró muchas que vivían errantes, verbigracia, los tyregetas, los sármatas y otros, que arriaban sus ganados de pradera en pradera conforme se consumía el pasto en el lugar de su última residencia (*ñ*).

(*l*) Darwin. *Voyage d'un Naturaliste*, chap. X, pag. 228.

(*m*) Dingelstedt. *Le Regime patriarchal des Kirghiz*, pag. 2, 24 et 25.

(*n*) Heródoto. *Los Nueve Libros*, lib. IV, cap. LXXII y LXXXIV. D'Arbois de Jubainville, *Les Premiers habitants de l'Europe*, t. I, liv. II, chap. II, § 2.

(*ñ*) Strabon. *Geographie*, t. I, liv. VII, chap. III, § 17.

Hábitos semejantes observó en la misma Germania. Es hábito peculiar de los germanos, dice, la facilidad con que se trasladan de comarca en comarca, lo cual se explica cuando se sabe que llevan una vida sobre manera simple, que no cultivan los campos, que no guardan dinero y que habitan míseras cabañas de construcción ligera y provisoria (*o*).

Igualmente nómades eran muchos de los pueblos de la Etiopía, de la Troglodítica y de toda la Libia. De los nasamones cuenta en particular Heródoto que durante el verano dejaban sus ganados en las costas del mar y se internaban en el territorio para cosechar la producción de dátiles (*p*).

En perfecta congruencia con estos hechos, las tradiciones más remotas de la humanidad acreditan igualmente que en tiempos inmediatamente anteriores a la historia, llevaron vida nómada todos los pueblos que constituyeron el núcleo de la Antigüedad clásica.

Según las leyendas mosaicas, los israelitas eran pastores semi-nómades cuando vinieron a establecerse en Canaán; y los pelasgos que conquistaron la Grecia habían vivido errantes hasta el día de la conquista. Nómades fueron también según las tradiciones, los primitivos fundadores de Roma, y así lo comprueba el doble hecho de no haber en el latín arcaico palabra para expresar la idea de propiedad territorial y de designarse la riqueza privada, tomando el nombre de sus elementos esenciales, con la expresión *familia pecuniaque*, esclavos y ganados (*q*).

§ 15. Inmediata consecuencia de la vida nómada es el fraccionamiento tribal de las poblaciones primitivas porque si para defenderse necesitan organizarse en grupos más gran-

---

(*o*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, chap. I, § 3.

(*p*) Heródoto, *Los Nueve Libros*, lib. IV, cap. CLXXII y CLXXXVI. Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVI, chap. II, § I et IV, § 7, 13 et 17.

q) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. XIII, pag. 231. Herzberg, *Historia de Grecia y de Roma*, pág. 5, tomo II de la *Historia Universal* de Oncken.

Thucydide, *Histoire de la Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. II.
Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. I, pag. 22.

des que el de la familia elemental, no pueden ellos crecer mucho sin que la limitación de los frutos espontáneos de la naturaleza les precise a fraccionarse de continuo. Como lo observa Giddings, la vitalidad del agregado favorece el indefinido incremento de las tribus; pero la continua segregación, ocasionada por el hambre, las impide desarrollarse mucho (*r*).

De los aborígenes de Chile sabemos que a la época de la conquista incásica «no formaban un cuerpo de nación que hubiese tomado un nombre general» sino que vivían repartidos en estrechos valles, separados entre sí por montañas y comarcas desiertas (*s*). Cuando un siglo más tarde llegaron los conquistadores castellanos, tuvieron que vencer una por una innumerables tribus independientes; y respecto de aquellas del sur del Bío-Bío, que se negaron a pasar bajo del yugo, jamás reconocieron gobierno común

(*r*) Politiquement (dit. Roscher) les peuples chasseurs n'arrivent qu'à former de petites hordes, parce qu'avec une si faible division du travail, une grande agrégation d'hommes ne pourrait se maintenir. Parfois, les tribus les plus voisines dans les forêts vierges ne se connaissent même pas. De là vient l'incroyable confusion des langues si défavorable à tout progrès de la culture chez les Indiens. Sur douze à treize millions d'aborigènes, on compte, mais peut-être avec exagération, de 500 à 600 idiomes américains». — Roscher, *Économie Politique Rurale*. liv. I, chapitre I, § 9.

Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, págs. 113 y 126.

La voz *tribu* tiene un sentido genérico y un sentido específico. En su sentido genérico son tribus todas las agrupaciones que no alcanzan a constituir Estado encabezadas por jefes, caciques o patriarcas. En su sentido específico las estudiaremos más adelante (§ 22). Por ahora usamos la voz en su sentido genérico.

Algunos sociólogos, por ejemplo, Giddings, parecen confundir la *tribu* con la *horda*. Nosotros creemos que se las debe distinguir: la tribu, compuesta siempre de individuos de ambos sexos y de todas edades, es un embrión de pueblo. La horda, compuesta exclusivamente de hombres que cargan armas, es un embrión de ejército, y que solo se convierte en tribu a la larga merced al rapto de hembras. — Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. III, pág. 207.

(*s*) Barros Arana, *Historia general de Chile*, t. I, part. I, cap. III, § I y § 3.

ni soberanía extraña: cada una encabezada por su cacique formó una *parcialidad*, como decían los cronistas españoles, es decir, un Estado embrionario, con el cual los representantes de la corona de España tenían que tratar de igual a igual (*t*).

En nuestros propios días, Nordenskiold ha observado la subsistencia del mismo fraccionamiento entre los chorotis del Chaco boliviano (*u*); y a principios del siglo XIX, Azara contó en los territorios del Paraguay y del Río de la Plata 38 naciones que hablaban idiomas diferentes, y barruntaba que otros 6 idiomas se hablaban por los indígenas que vivían al Occidente de las Pampas, otros 6 por los que vivían al Sur hasta el Cabo de Hornos, y otros 8 por los que vivían en las antiguas provincias de Chiquitos y Moxos (*v*).

(*t*) En una ocasión mandaron parlamentarios al gobernador don Francisco Lazo más de 100 caciques independientes de la Imperial; en otra ofrecieron la paz a don Luis Hernández de Córdova 110, y en una tercera la ofrecieron 30 al marqués de Baides. Por último, al primer parlamento celebrado por los araucanos a la llegada de don Martín de Mojica a Chile, concurrieron más de 200 caciques de la Imperial. Tolten, Boroa, Queule y Mariquina.

Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VII, págs. 115 a 116.

(*u*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 29.

(*v*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. XI, § 8.

Sobre las *naciones*, dice Azara: «Llamaré *nación* a cualquiera congregación de indios que tengan el mismo espíritu, formas y costumbres, con idioma propio tan diferente de los conocidos por allá como el español del alemán». Azara, ob. et. loc. cit., § 3.

«Hay entre estas gentes (de la Florida) gran variedad de lenguas y habitaciones». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. III, Déc. VI, lib. I, cap. IV, pág. 217.

«Los indios (de Bariquizemeto) son de nación Cuibas, con grande diversidad de lenguas». Herrera, t. IV, Déc. VII, lib. X, cap. XVI, pág. 202.

Viniendo de Nicaragua al Sur, a 30 o 40 leguas de Panamá, reinaban allí cuatro señores de lenguas diferentes. Herrera, t. I, década II, lib. III, cap. VI, pág. 307.

En Nueva Granada, a 30 o 40 leguas del Darien, «la primera provincia

El mismo fraccionamiento, en gran parte mantenido por la misma multitud de idiomas, observó Du Petit-Thouars entre los indígenas de California (*x*); y no de otra manera pasan las cosas en los otros continentes.

desde Acla ázia el hueste es Comagre, desde donde comienza la tierra rasa, y era bien poblada desde allí adelante, aunque los señoríos eran pequeños y estaban de dos a dos leguas ». Herrera, t. I, Déc. II, lib. III, cap. V, pág. 305.

Con referencia a los primitivos indígenas del Perú, dice Garcilaso de la Vega, que « cada provincia, cada nación *(gens)* y en muchas partes, cada pueblo tenía su lengua por sí, diferente de sus vecinos. Los que se entendían en un lenguaje se tenían por parientes, y así eran amigos y confederados. Los que no se entendían, por la variedad de las lenguas, se tenían por enemigos, y se hacían cruel guerra ». Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*. lib. I, cap. XIV, pág. 16.

Porto Seguro cree que a menudo esta multiplicidad de tribus es aparente y proviene de que se cuenta cada una más de una vez. Observa, al efecto, que « o nome de *Aimarás* ou Saccos, provinha das camizolas que vestiam esses indios; o de *Moxos* ou Molengas era dado pelos mesmos Aimarás aos visinhos, que elles despresavam. *Otanás*, na lingua nort'americana mais espulhada, que os Européos chamaram *algonquina*, não quer dizer mais que traficantes... *Pampas*, em quichua, significa campo aberto e raso; e segondo se crè, *Puelche* não queria dizer mais que orientaes, assim como *Huilliches*, occidentaes, e *Peguenches*, os dos Pinhaes, etc. Cumpre, pois, não ligar multa importancia a toda essa interminavel nomenclatura barbara, que alguns autores apresentam, sem o menor criterio, e sem advertirem que ás vezes contam a mesma tribu por duas ou mais, se cada um dos visinhos de differente lado a designava por differente nome ou alcunha, geralmente por injúria ou vituperio; poucas vezes, por honra ou apreço ». Porto Seguro, *Historia Geral do Brasil*, t. I, cap. II, pag. 19 e 20.

Es de presumir, realmente, que algunas veces se hayan hecho varias tribus de una por falta de inteligencia de las lenguas indígenas; pero no cabe error cuando se toman por tribus diferentes, agrupaciones que hablan diferentes lenguas. « Tengo por verosimil, dice Cobo, que deben de pasar de dos mil (las lenguas que se hablaban en América), porque apenas se halla valle un poco ancho cuyos moradores no difieran en lengua de sus vecinos. Mas, ¿qué digo valle? Pueblo hay en este arzobispado de Lima que tiene siete *ayllos* o parcialidades, cada una de su lengua distinta ». Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, lib. XI, capítulo IX, pág. 49.

(*x*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. II, chap. X, pag. 134.

Cuando se habla de la India, el vulgo se imagina que con este nombre se designa un grande Estado de población más o menos homogénea, como España, Francia o Alemania, sujeto a la dominación británica. Pero en realidad ni existe ahora ni existió nunca en el globo terrestre un Estado o una nación que se llamase India. El nombre India es una mera designación geográfica como el de Europa, como el de América, o mejor, como el de África, que se emplea para distinguir una vastísima porción del continente asiático donde la Gran Bretaña impone su soberanía a 300.000.000 de habitantes repartidos entre innumerables tribus y pueblos que jamás constituyeron nación. Hacia la época en que el imperio mongólico cayó derrumbado, esto es, hacia la segunda mitad del siglo XVIII, reinaban en la India según Sumner Maine, más de 2000 reyezuelos independientes, gran parte de los cuales ha conservado su autonomía bajo de la dominación inglesa (*y*).

En el mismo error se incurre cuando se supone que los indígenas de Australia o los de Nueva Zelandia, o los de las Marianas, etc., constituyen sendas y homogéneas poblaciones. De los de Australia y de Nueva Zelandia, dicen los viajeros que están divididos en tribus que a menudo hablan lenguas o dialectos diferentes y a los cuales no une lazo político alguno (*z*); según Freycinet, en las Marianas, cada caserío vivía bajo la autoridad de un patriarca, y «todo *matoa*, cuyas familias y riquezas le bastaban para sostener su independencia, tenía derecho a fundar un nuevo Estado» (*aa*).

(*y*) Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 475.

Lyall, *Moeurs de l'Extrème Orient*, chap. VII, pag. 326 et 471.

Según Lyall, son más o menos 460 los Estados que actualmente se cuentan en la India sujetos a la dominación británica.

(*z*) Du Petit-Thouars, *Voyage*, t. II, chap. X, pag. 134, et t. III, chap. XVII, pag. 46, et chap. XVIII, pag. 279.

Salvado, *La Australia*, 3ª Parte, cap. IV, pág. 311.

Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 734.

Delessert, *Voyages dans les deux Océans*, pag. 150.

(*aa*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 475.

El *clan* de los kirguizes, de los mongoles, de los yacutas, de los samoyedos (dice Dingelstedt) corresponde a la *gens* de los griegos y de los romanos, al *ghotram* de la India, al *thun* de los magores del Nepaul, al *phis* de los albaneses, al *bratstvo* de los montenegrinos. Es un grupo de parientes reales o supuestos, que llevan un mismo apellido, que usan un mismo *totem*, que habitan un mismo distrito, y cuyos miembros se prestan auxilio recíproco y no pueden casarse entre sí (*ab*).

Respecto del continente negro, en toda la parte central recorrida por Livingstone, Stanley y otros viajeros, la población forma un hormiguero de tribus diminutas. Aun algunas poblaciones pertenecientes a una misma raza que han alcanzado considerable desarrollo aparecen hoy divididas en pequeños grupos errantes y recíprocamente desligados. En este caso se encuentran, por ejemplo, los indígenas de Mayenna. Unidos etnológicamente por una misma sangre y lengua, jamás se ha levantado entre ellos un jefe común que mantuviera la unidad nacional y constituyera un grande Estado porque prefieren vivir repartidos en caseríos recíprocamente independientes y aun hostiles (*ac*).

El fraccionamiento tribal no es un fenómeno peculiar de los bárbaros y de los salvajes modernos; es un fenómeno que sin duda se efectuó también en los más remotos siglos de la Antigüedad, cuando los pueblos más civilizados se encontraban en los grados inferiores de su desenvolvimiento. Según Meyer, el Egipto primitivo estuvo poblado por numerosas tribus, cada una de las cuales constituía como si dijéramos un Estado independiente (*a ch*).

Igualmente los numerosos reinos que según la Biblia, se dividían el pequeño territorio de Canaán no fueron sino diminutas tribus. Cuando la leyenda mosaica nos cuenta que

(*ab*) Dingelstedt, *Régime patriarchal des kirghiz*, pag. X et 9.

(*ac*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. II, pag. 78, 79 et 86.

(*ach*) Meyer, *Historia del antiguo Egipto*, lib. I, cap. II, pág. 141, en el t. I de la *Historia Universal* de Oncken.

para combatir a cuatro reyes coaligados, Abrahán levantó entre los suyos un ejército de 318 hombres; que al llegar a la diminuta extensión de la tierra prometida, los israelitas tuvieron que vencer sucesivamente a más de 30 reyes; y que después de la muerte de Josué, vencieron a otro que poco antes había subyugado a otros 70; es la misma leyenda la que atestigua la pequeñez de las poblaciones aborígenes (*ad*).

No más unida aparece en los albores de la historia la población de Grecia. Hacia los tiempos de la guerra de Troya, aquel pequeño territorio estaba dividido en más de 50 Estados independientes que sin denominación común vivían hostilizándose entre sí. Homero nunca los designa con un nombre común, porque cuando menciona a los helenos, alude a los soldados de Aquiles, que constituían una simple tribu, como la de los arjivos, como la de los danaos, como la de los aqueos, etc. La guerra de Troya, que fué según lo observa Thucídides, la primera empresa acometida en común por los pueblos griegos, despertó sin duda el espíritu de nacionalidad, pero no alcanzó a formar con todos ellos una nación. Hasta que el país perdió su independencia bajo las sucesivas dominaciones de Macedonia y de Roma, había en él muchos Estados griegos o helénicos, verbigracia, Atenas, Esparta, Argos, Tebas, etc., pero no había alguno que se llamase Grecia. La palabra *Grecia*, a semejanza de la palabra *India*, no fué nunca en lo antiguo nombre de algún Estado: fué el nombre de un país ocupado por una población griega que siempre estuvo dividida en muchos Estados (*ae*).

(*ad*) *Génesis*, cap. XIV, § 1 y § 14.
El Libro de Josué, cap. XII, § 9 a 24.
El Libro de los Jueces, cap. I, § 7.

(*ae*) Cuando Pausanias visitó el territorio de Atica, encontró en los pequeños burgos tradiciones según las cuales cada uno de ellos había tenido un rey en la época en que Cécrope reinó en Atenas, y todos vivían tan extraños unos a otros que a menudo eran prohibidos entre ellos los matrimonios. Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, chap. III.

Según Grote, en Beocia cada población tenía caracteres físicos, mo-

Por lo tocante a Roma, tradiciones fidedignas, confirmadas por la organización política del Estado, atestiguan que la población primitiva de su estrecho territorio, cuyo diámetro no medía más de unos 20 a 25 kilómetros, se componía también de grupos independientes; y ya veremos que el pueblo romano se formó por la unión de tres de ellos, de donde vino la palabra *tribu*, que etimológicamente quiere decir *tercio* (*af*).

El mismo fraccionamiento encontramos en las otras sociedades que a los principios de la historia poblaban el resto de Europa. Según Strabon, los íberos vivieron siempre antes de la conquista extranjera que les sometió a una dominación común, divididos en tribus que hablaban lenguas diferentes y que constituían sendos Estados independientes. Cuánta sería la pequeñez de estos grupos lo deja colegir la circunstancia de que en el estrecho territorio situado entre el Tajo y los Artabros habitaban como 30 pueblos inde-

rales y políticos que la distinguían; los habitantes de Atenas se diferenciaban de los de Atica, y aun cuando Esparta, Argos, Corinto y Sición se decían dóricas, cada una tenía dialecto y caracteres especiales. Grote, *Histoire de Grece*, t. III, 2ème Partie, chap. I, pag. 130.

Thucydide, *La Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. III.

Según D'Arbois de Jubainville, «Graïcos (griego) est un synonyme archaïque d'Hellèn, personnifié comme lui. Graïcos aurait donné son nom à la race hellenique avant que cette race prît le nom d'Hellèn». D'Arbois de Jubainville, *Les Premiers Habitants de l'Europe*, liv. III, chap. I, § 2, pag. 220.

«Le premier exemple de nom *d'Hellénes* employé au pluriel pour signifier l'ensemble de la race grecque nous est fourni par une inscription qui aurait été composée dans la 48e Olympiade (588-585 avant J. C.) pour rappeler le souvenir d'une victoire de l'arcadien Echembrote aux jeux amphyctioniques. Antérieurement, quand on voulait se servir du mot *Hellénes* avec ce sens spécial, ont le faisait précéder de l'adjective neutre, *tout*: ont disait *Panhellènes*, expression qu'on trouve dans *l'Iliade* d'Homère et dans les *Heures et les Jours* d'Hesiode». D'Arbois de Jubainville, ob. et loc. cit., pag. 224.

(*af*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI, Prémière Partie, pag. 122.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. IV, pag. 53 et 57.

pendientes. El mismo geógrafo atestigua que en el solo territorio de Albania se hablaban en su tiempo no menos de 26 lenguas (*ag*).

Igualmente fraccionadas aparecen en los tiempos de Julio César las poblaciones de la Galia y de la Bretaña. Marquardt calcula que las tribus galas subían de 300 y llegaban acaso a 400 (*ah*). Respecto de los germanos, Tácito menciona más de 100 y presumiblemente había muchas más. Así mismo, cuando los maggiares aparecen en la historia, estaban divididos en más de 100 tribus; y hacia el siglo IX se contaban en Noruega 30 Estados independientes, cada uno de los cuales no tenía mayores dimensiones que las de un simple cantón (*ai*).

En una palabra, sin excepción alguna todas las sociedades primitivas aparecen divididas en tribus que se conservan siempre diminutas, porque apenas cobran algún desarrollo se fraccionan para mantener proporcionada la población a la cuantía de los frutos espontáneos (*aj*).

La fuerza que mantiene unidos entre sí a los individuos de cada tribu no es ningún lazo político: es la doble comunidad de la sangre y de los intereses. En efecto, donde quiera que hay una tribu primitiva, los individuos que la componen se suponen descendientes de un mismo tronco y se tienen por condueños de todo el territorio que ocupan o recorren. Tales eran, según Nadaillac, los *calpullis* del Imperio Azteca, esto es, se componían de consanguíneos comuneros (*al*).

Hechos que comprueban esta doctrina los hay innumera-

(*ag*) Strabon, *Géographie*, t. I, liv. III, chap. I, § 6, et chap. III, § 5 et t. II, liv. XI, chap. IV, § 6.

(*ah*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 129.

(*ai*) Dareste, *Études sur l'Histoire du Droit*, XI, pag. 251 et XVI, pag. 320.

(*aj*) Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 118.

(*al*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. VI, pag. 174.
Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VII, pag. 23, 26.

bles. Bástenos observar que en Rusia el *mir* no es mas que una familia patriarcal que dispone de una propiedad colectiva y cuyos miembros se suponen vástagos de un común antepasado; que en Sumatra se suponen oriundos de un mismo vientre y condueños del territorio todos los habitantes de cada caserío; y que entre los *higlanders* de Escocia se tienen por parientes todos los individuos de cada *clan* (*am*).

Para que el parentesco sirva a perpetuidad de vínculo de unión, se requiere por un lado, que no se extinga jamás, ni aun en los grados más lejanos, y por otro, que para mantener la continuidad de las familias y de los entroncamientos, se atribuyan a la adopción los mismos efectos jurídicos que a la sangre, borrándose toda distinción entre la realidad y la ficción. La familia romana (observa Mommsen) se componía de todos aquellos hombres libres que se encontrarían unidos bajo la potestad de un mismo ascendiente si no hubiera ocurrido ningún fallecimiento; y como prácticamente no se podían probar los entroncamientos sino hasta cierto grado, el derecho había creado un medio probatorio especialísimo suponiendo que pertenecían a una misma *gens* todos los que llevaban un mismo *nomen* o apellido (*an*).

Lyall, *Moeurs de l'Extrême Orient*, chap. VII, pag. 321.

Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 435 à 506.

Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. III.

Posada, *Tratado de Derecho Político*, lib. III, pág. 124 a 127.

En oposición a Sumner Maine, pretende Spencer combatir la doctrina según la cual la sangre es el vínculo de las sociedades primitivas; pero los hechos que cita en contrario no la desautorizan porque solo prueban que con propósitos bélicos suelen unirse tribus u hombres de diferente sangre; en otros términos, Sumner Maine habla del principio que mantiene la cohesión social, y Spencer, del principio que da origen al Estado. Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 317.

Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 310 et 311.

(*am*) Laveleye, *De la Propriété*, chap. II, pag. 23, et chap. XII, pag. 197.

Letourneau, *De la Propriete*, pag. 150.

(*an*) Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VII, pag. 10.

En los pueblos donde se ha querido sin duda eludir los inconvenien-

Que muy a menudo, cuando se investigan los orígenes de la consanguinidad, resulta que el parentesco se reduce a una mera ficción jurídica, es un hecho que se infiere de la historia y que la etnografía atestigua. Cuando las *gentes* romanas y helénicas se suponían descendientes de dioses y semi-dioses, bien claramente dejaban entender que no podían citar el nombre del común y verdadero antepasado de cada una; y la ceremonia tan frecuente en los pueblos bárbaros de una supuesta y recíproca trasfusión de sangres para establecer relaciones de fraternidad prueba cuán fácilmente aceptan ellos la ficción por la realidad (*añ*).

Lyall observó directamente en la India la manera cómo individuos extraños suelen formar tribus de consanguíneos aun sin recurrir a la trasfusión de las sangres. Por ejemplo, cuando entre los bhiles aparece un caudillo audaz y afortunado, cuyos asaltos y correrías le han hecho célebre, se ve muy pronto seguido de una gavilla colecticia de aventureros y bandidos venidos de todas partes. Para distinguirse entre todos los grupos análogos, esta gavilla toma el nombre de su caudillo, y cuando éste fallece, se convierte de hecho en antepasado epónimo, y se tienen por descendientes suyos todos los descendientes de sus compañeros de aventura (*ao*).

tes de la perpetuidad del parentesco, se ha fijado arbitrariamente un grado cualquiera como término. En Chile, para los efectos hereditarios el parentesco se extingue en el 6° grado según el artículo 992, inciso 2° del Código Civil. En el país de Gales, el parentesco se cuenta hasta el grado 18°. Laveleye, *De la Propriété*, chap. XII, pag. 197; y entre los kirguises, la agnación surte efectos jurídicos hasta el grado 40°. Dingelstedt, *Le Régime patriarchal des Kirghiz*, pag. 11.

Estos parientes en grados tan lejanos son los que en Francia se llaman *primos según la costumbre de Bretaña* (à la mode de Bretagne).

(*añ*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 124.

Levy, *La Famille dans l'antiquité israélite*, pag. 77.

(*ao*) «Le prestige d'un chef fameux, surtout s'il s'agit d'un aventurier retranché d'un clan d'origine patricienne, attire sous ses enseignes toutes les lames vagabondes du pays. A la rumeur de ses succés, ses parents quitteront peut être leurs villages pour se joindre à lui; et le Bhil-

Con su ingénito espíritu filosófico, Posada explica a fondo este fenómeno singularísimo, las tribus de consanguíneos formadas con individuos extraños. Son dos (observa) las influencias que dan origen a la sociedad: la consanguinidad y la convivencia. En los pueblos cultos ellas actúan, no separada, pero diversamente, dando lugar la primera a la familia, y a la sociedad política la segunda. Pero en los pueblos atrasados, ambas se confunden y surten unos mismos efectos. Si en ellos imperase solo el lazo de la sangre, no habría más parientes que los consanguíneos; pero como la familia se entiende formada no solo por la consanguinidad sino también por la convivencia, lógicamente se tienen por parientes cuantos viven en el perímetro doméstico sujetos a la autoridad patriarcal (*ap*).

Sea uno u otro su origen, la tribu es el primer germen de la sociedad política y del Estado. Se puede aplicar a todas las tribus de consanguíneos una observación que Ihering hace sobre la *gens* romana: la *gens* (dice) es la identidad de la familia y del Estado; o si se prefiere, es una familia con cierto carácter político, o una sociedad política con cierto carácter doméstico (*aq*).

Formados espontáneamente para la defensa común y la

hardi, ambitieux de briller dans la compagnie d'un noble capitaine aryen, met au service de l'association ses aptitudes sans pareilles de batteur d'estrade... Par suite de la confraternité qui l'unit pour la guerre et les aventures, la bande se rapproche bientôt de l'idée de parenté; elle prend le nom de son fondateur, entre dans son cercle d'affinité, et celui-ci devient, après sa mort, un ancètre éponyme dont la reputation maintient l'union du cercle en lui léguant la communauté du nom et en lui inspirant l'orgueil de sa filiation. Lyall, *Moeurs de l'Extreme Orient*, chap. VII, pag. 342, 347, 353 et 354.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 365.

(*ap*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, libro III, capitulo VI, § I.

(*aq*) Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, liv. I, tit. I, chap. II, pag. 185.

ayuda mutua, tienen estos grupos de consanguíneos tanta vitalidad que aun en aquellos casos en que por obra de alianzas o de conquistas se incorporan en grandes Estados, mantienen indomablemente su autonomía, y prolongan su existencia durante largos siglos imponiéndose, según veremos, como base de la organización política y administrativa. Nos bastará recordar en comprobación que las *phratrias* y los *demos* servían de fundamento a la constitución civil y política de Atenas; las tribus y las *gentes*, a la de Roma; los *calpullis* a la del Imperio Azteca, y los *Ayllus*, a la del Imperio Incásico (*ar*).

§ 16. Sea en el estado nómada, sea en el estado sedentario, la población humana se encuentra muy desigualmente repartida en cada país y su desarrollo está siempre limitado por la cuantía de la producción.

Ya en el siglo XVIII observó Montesquieu que los países aplicados al pastoreo son relativamente menos poblados que los aplicados a otras industrias y que la división

(*ar*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, t. I, cap. IX.

Saavedra, *El Ayllu*, pág. 23.

Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 310.

Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, chap. III, pag. 16.

Por vía de acopio de datos para estudiar a su tiempo los orígenes del Estado (§ 64), observemos en este punto que el grupo social más diminuto que se encuentra en el mundo salvaje es la *gens* y que la familia aislada es una simple abstracción que ni existe ni podría vivir en él. No existe porque cuando predominan en las relaciones sexuales la promiscuidad y la poliandria, no se puede formar ni constituir autonómicamente el grupo doméstico. Y no podría vivir 1° porque los peligros en el mundo salvaje son tan grandes que el diminuto grupo del padre, la madre y los hijos no constituyen una fuerza defensiva bastante a contrarrestarlos; y 2° porque la cacería, única industria del hombre primitivo, requiere ordinariamente una cooperación mucho mayor que la que ofrecen los miembros de la familia. « De hecho, dice Giddings, solo en medio de la civilización es posible una vida garantida y confortable de un hogar aislado, y es más posible en apariencia que en realidad, gracias a los medios de comunicación que han suprimido las distancias ». Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 116 y cap. III, pág. 204 y 206.

de la propiedad estimula el desarrollo de la población (*as*).

En nuestros días, con un conocimiento más cabal de las múltiples regiones del globo y de sus condiciones naturales y económicas, se ha tratado de reducir a simples cálculos matemáticos el desarrollo que en cada uno puede alcanzar la población. Por ejemplo, de observaciones hechas en países habitados por tribus salvajes, se ha inferido que cuando se vive exclusivamente de la caza y de la pesca, cada hombre necesita contar para su sola subsistencia con una extensión media de 50 millas cuadradas. En conformidad con este cálculo, una tribu compuesta de 100 personas se expone a perecer si no tiene a su disposición una área de 5000 millas cuadradas. En toda la parte salvaje, la Australia está poblada según esta proporción, y en la Patagonia no se cuenta más de un habitante por cada 78 millas (*at*).

Los datos precedentes son corroborados por otros de no menor interés. En su notable obra sobre *El Hombre Prehistórico*, observa Lubbock que donde el hombre se alimenta principalmente de la caza, ora porque no conoce la agricultura, ora porque la producción vegetal es muy escasa, el número de pobladores se encuentra naturalmente limitado por el de animales selváticos.

Se ha calculado que en Laponia, cada hombre necesita para vivir de un promedio de cien rengíferos; pero estos animales son domésticos y su leche se cuenta entre los artículos más importantes de la alimentación. A ser selváticos, no se los podría tener a mano en la hora precisa de la necesidad, y habría que matarlos cuando la ocasión se ofreciese, sin aguardar oportunidades ni guardar proporciones. En tales condiciones, cada lapón necesitaría contar para su subsistencia con un número mucho mayor de rengíferos.

Cual sea el mínimum de animales selváticos con que el salvaje cazador deba contar, no es punto que esté matemá-

(*as*) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXIII, chap. XIV et XV. Roscher, *Économie Politique Rurale*, § 51.

(*at*) Lubbock, *L'Homme Prehistorique*, pag. 255.

ticamente determinado. Los investigadores tienen que concretarse a enunciar las proporciones aproximativas que se han encontrado en tal o cual país. Se ha calculado, por ejemplo, que el territorio de la Bahía de Hudson está poblado por 139.000 habitantes, y que dada esta población, a cada uno le corresponde un promedio de 750 animales selváticos (*a u*).

Aun cuando no sea posible fijar en términos precisos la proporción que ha de haber entre la población humana y la de los animales de caza, se comprende que el número de los consumidores ha de estar siempre limitado por la cuantía de la carne destinada al consumo. Esta limitación cierta, siquiera sea indeterminada, nos explica por qué las sociedades que viven de los frutos espontáneos de la tierra no pueden constituirse en grandes poblaciones. Si entre los fueguinos no hacen vida común más de 20 personas, es porque cada paraje no da alimentos para mayor número. Si entre los bosjemanes ni aun las familias se mantienen agrupadas, es porque la aridez del territorio no produce sustento para todos sus miembros en cada comarca. Análogamente, los indios desenterradores de raíces viven dispersos porque se produce en cantidad muy limitada su alimentación favorita. Los seminolas no se reunen sino muy rara vez para tomar en común alguna bebida o para deliberar sobre asuntos de interés general, porque la desnudez del suelo no les da frutos para permanecer agrupados; y de los indios serpientes se dice no haber duda en que la escasez de caza les mantiene políticamente desorganizados (*a v*).

(*a u*) Lubbock, *L'Homme Préhistorique*. pag. 327.

« Les peuples chasseurs (dit Roscher), pour l'entretien de leurs fonctions respiratoires, ont besoin d'une énorme quantité de nourriture. On estime qu'il faut à un Indien, pour y suffire, 793 acres dans la région du Nord-Ouest des États-Unis, 6500 sur le territoire de la Compagnie de la baie d'Hudson, et de 12.000 à 44.000 en Patagonie ». Roscher, *Économie Politique Rurale*, liv. I, chap. I, § 8.

(*a v*) Spencer, *Principes de Sociologie*. t. II, § 226 et 319 et t. III, § 442 et 449.

Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 118.

Como quiera que la causa eficiente del continuo fraccionamiento de las sociedades primitivas es la limitación de los frutos espontáneos de la naturaleza, las tribus son en cada país más o menos grandes conforme la producción natural es más o menos abundante. En ciertas comarcas de Australia, cada tribu se compone de no más de 200 a 300 salvajes nómades y a menudo de menos de 100, mientras que la de los kirguizes pastores se compone de 300 a 350 tiendas y a veces hasta de 1500 (*a x*); y la de los tupinambos del Brasil cuenta al rededor de 600 (*a y*). En el pueblo de los ashluslayos del Chaco boliviano, Nordenskiold ha contado 21 caseríos, poblado cada uno por no más de 200 habitantes (*a z*).

En todo caso, como lo observa Giddings, las poblaciones más densas se encuentran en las comarcas más fértiles. Las grandes tribus del Norte y del Sur de América ocupaban magníficas regiones. Los iroqueses poseían un territorio de grandes recursos, e igualmente favorecidos estaban los algonquines, los aztecas de Méjico, los mayas del Yucatán, y los incas del Perú, etc.

En la distribución de las poblaciones más civilizadas de la Antigüedad, resulta mucho más evidente la relación del desarrollo demográfico con el medio físico. La primera masa realmente densa de población que encontramos en la historia, aparece radicada en aquel valle maravilloso de 600 millas de largo y no más de 7 de ancho, que desde tiempos inmemoriales ha sido fecundado por el Nilo; y no menos fértil era el valle del Eufrates, que durante largos siglos compitió con el Egipto (*b a*).

(*a x*) Freycinet. *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 734. Dingelstedt. *Regime patriarchal des Kirghiz*, pag. 10 et 11.

(*a y*) Freycinet, ob. cit., t. I, pag. 151.

(*a z*) Nordenskiold. *La vie des Indiens dans le Chaco*, chap. VIII, pag. 130.

(*b a*) Giddings. *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pags. 119 y 120.

Sujetos a esta limitación, que es una ley, se desarrollan todas las poblaciones, así las más atrasadas como las más adelantadas (*b b*). La única diferencia que al respecto hay entre unas y otras es que en las primeras solo se cuenta la producción espontánea, y que en las segundas el factor más importante es la suma de las producciones agrícolas e industriales. En comprobación, cualquiera estadística nos demostrará que el número de habitantes por kilómetro cuadrado es mayor en los países más industriosos, que allí donde el desarrollo industrial se efectúa muy rápidamente, con la misma rapidez se opera el desarrollo demográfico y que cuando la producción aumenta o disminuye, fatalmente aumenta o disminuye la población.

En la historia de nuestra madre patria, tenemos los latino-americanos la brillante comprobación de esta doctrina, porque cuando la expulsión de los industriosos moros (1609), la población general de España disminuyó no solo en proporción al número de los expulsos, que no ha de haber excedido de unos 800.000, sino en proporción a la subsecuente decadencia industrial, por manera que de 12 a 14.000.000 de habitantes que se contaban en el siglo XVI, bajó a 6 o 7.000.000 a principios del siglo XVIII.

En suma, si atendemos a las condiciones que la vida humana requiere, en cada territorio el máximum de pobladores está limitado por la actual cuantía de los medios de subsistencia, y consiguientemente, en las sociedades primitivas, incapaces de estimular la producción natural, es menor que en las más adelantadas, donde la industria la aumenta día a día (*b c*).

Como quiera que, según lo dicho, la población humana se desarrolla subordinada a la producción natural y a la producción industrial, factores cuya importancia cambia de

(*b b*) Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, págs. 116 y 117.

Filangieri, *La Science de la Législation*, t. I, liv. II.

(*b c*) Spencer, *Les Premiers Principes*, § 175.

Malthus, *El Principio de la Población*, lib. I, cap. I, II y III.

una a otra comarca, no hay en la tierra país alguno donde los habitantes estén diseminados según una ley de densidad uniforme. Aun en aquellos países, como la Rusia europea y la República Argentina, donde predominan esas interminables llanuras que parecen ofrecer en toda su extensión iguales condiciones de vida a todos los habitantes, la población se encuentra muy desigualmente repartida. Aun en aquellos, como Inglaterra y Bélgica, donde la densidad humana parece haber llegado al grado máximo, se encuentran *vacíos*, esto es, comarcas o parajes casi completamente inhabitados.

Vallaux atestigua que hacia 1890, la pobladísima Bélgica contaba más de 262.000 hectáreas de terrenos inhabitables y no cultivados, aun cuando eran susceptibles de algún aprovechamiento; que en 1911, la Baja Bretaña, donde viven 105 habitantes por kilómetro cuadrado, contaba cerca de 400.000 hectáreas, o sea, más de un cuarto de su extensión, en landas inhabitadas; y que la India, poblada por 300.000.000 de hombres, podría alimentar 400.000.000 si se explotara todo el suelo utilizable. En suma, concluye este geógrafo, el desigual reparto de los habitantes es uno de esos fenómenos que parecen escapar a las explicaciones geográficas, fenómeno que se reproduce en todas las sociedades humanas y en todos los grados de la civilización (*b d*).

A nuestro juicio, las causas más generales de este fenómeno son las siguientes:

1ª La desigualdad de la producción espontánea, cuya cuantía cambia no solo de un país a otro sino también de una a otra comarca. Predomina principalmente esta causa en los países primitivos, porque cuando los hombres carecen de aptitudes industriales, prefieren para establecerse aquellos parajes donde la naturaleza es más pródiga; pero aun en los países civilizados, la población es por lo común más rara donde el suelo es más estéril y viceversa.

2ª La desigualdad de las condiciones de explotación

(*b d*) Vallaux, *Le Sol et l'Etat*, § 14, pag. 74 a 76.

de las varias comarcas de cada país. En todos los países, pero principalmente en los más atrasados, los habitantes se acumulan en mayor número allí donde el trabajo (la pesca, la caza, la agricultura) es más fácil y lucrativo, y espontáneamente quedan reservados para una población más diseminada aquellos parajes cuyo aprovechamiento es más dificultoso.

3ª La desigualdad de los estados industriales, porque no pudiendo vivir la industria sin el obrero, la población se agrupa principalmente allí donde hay más fábricas, más talleres, más manufacturas.

4ª La desigualdad de las condiciones higiénicas, porque cuando las causas mórbidas acortan la vida, se rarifica la población, y cuando la higiene la alarga, se multiplican los habitantes.

5ª La desigualdad de los medios de comunicación con el mundo externo, porque los países incomunicados no producen más que lo indispensable para el consumo interior, y según la regla general, la población no aumenta cuando la producción se mantiene estacionaria.

§ 17. Si los habitantes de cada país se distribuyen espontáneamente en proporción a la cuantía de la producción de cada comarca, de suyo se infiere que el medio más adecuado de aumentar la población es aumentar la producción. Nada más obvio.

Por causa de una miopía que en los pasados siglos, cuando no existían ni la demografía ni la estadística, era inevitable, los gobernantes anteriores a la época contemporánea, trataron de fomentar el desarrollo de las poblaciones empleando otros medios cuyo fatal y persistente fracaso ha parecido autorizar a los individualistas para negar la eficacia de la acción del Estado (*be*).

Dando preferencia a la acción directa sobre la indirecta, política empírica muy propia de pueblos atrasados, los Estados antiguos trataron de desarrollar la población repri-

(*be*) Filangieri, *La Science de la Législation*, t. I, liv. II, chap. I et II.

miendo, por un lado, el celibato y la corrupción esterilizadora de las costumbres, y estimulando, por otro, el matrimonio y la procreación legítima.

Entre los hebreos, el celibato era anatematizado con pena efectiva de infamia; la esterilidad y la impotencia eran motivos de suma vergüenza porque se suponían castigos de Jehová, y al adulterio se aplicaba el castigo de la lapidación. En la misma nación, cuando un hombre contraía matrimonio, quedaba exento durante un año del servicio militar y de toda carga pública (*bf*). Evidentemente estas eximiciones se acordaban en interés de la procreación.

En Atenas, ni los oradores, ni los generales podían tomar parte en el gobierno de la República antes de ser padres de familia. En Esparta quedaba eximido del servicio militar el que contaba tres hijos, y de todas las cargas públicas el que contaba cuatro. En una y otra República, el celibato era reprimido como causa de corrupción y desmedro para el Estado (*bg*).

Mucho más completa fué la legislación demográfica de Roma. Ya en los tiempos meramente tradicionales de la Monarquía, se habían otorgado envidiables privilegios a los padres de familia; y posteriormente, a los principios de la República y sobre todo, a los principios del Imperio, se dictaron múltiples ordenanzas para reprimir la corrupción de las costumbres, se agravaron las penas contra el adulterio, se impuso la multa *uxoria* y se declaró incapaces de heredar a los célibes, se prohibió llevar joyas y usar litera a las mujeres de cierta edad cuyos vientres no hubiesen contribuido al aumento de la población, y se ofreció asiento gratuito en los teatros y otros privilegios y recompensas a todo padre de familia que hubiera tenido cierto número de hijos. Dionisio de Halicarnaso, que compulsó los anales primitivos

(*bf*) *Deuteronomio*, cap. XXIV, vers. 5.

(*bg*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VI, § 13. Plutarco, *Lycurgue*, t. I, pag. 110.

de Roma, afirma haber visto una ley que obligaba a los jóvenes a casarse (*bh*).

Pues bien, todos estos medios, tan numerosos, tan varios y aparentemente tan bien elegidos, no surtieron el efecto deseado en ninguno de los Estados antiguos. Hacia el siglo II antes de nuestra era, Polibio lamentaba «la penuria de hombres que se hacía sentir en Grecia y que dejaba desiertas las ciudades e incultos los campos, aun cuando no había habido ni pestes, ni guerras prolongadas que agotasen las fuerzas nacionales» (*bi*); y siglo y medio después, Augusto lamentaba el total exterminio de las legiones de Varo, porque habiendo empadronado la población romana, notó una disminución que no le permitía reponer fácilmente las fuerzas perdidas (*bj*).

El mismo fenómeno se repitió después de algunos siglos en cada una de las naciones modernas, esto es, en todas ellas sin excepción no dieron frutos los medios directos de fomento. Bástenos citar en comprobación la legislación española. Junto con asestar golpe mortal a las industrias nacionales expulsando del territorio a la porción más industriosa de los habitantes, como eran los árabes y los judíos (*bl*), la monarquía española trató de reparar el daño fomentando directamente el desarrollo de la población. Con este propósito, dispuso que el varón casado se tuviese por mayor de edad y libre administrador de sus bienes y de los de su mujer a los 18 años; que en los dos primeros años de matrimonio, estuviese libre de todos los pechos reales, de los con-

(*bh*) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. II, chap. III.

Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. XXIII, chap. XXI.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. VII, liv. V, chap. XI, pag. 252.

Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. V, liv. IX, chap. V, pag. 308.

(*bi*) Polybe, *Histoire générale*, t. III, liv. XXXVII, chap. IV, pag. 286.

(*bj*) Suetonio, *Octavio Augusto*, XXIII, en la *Vida de los Doce Césares*.

(*bl*) Buckle, *Histoire de la Civilisation en Angleterre*, t. IV, chap. XXV, pag. 78 à 87.

Altamira, *Historia de España*, t. III, § 675.

cejales y de la moneda forera; que durante el primer cuadrienio, quedase exento de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y que el que contase seis hijos varones vivos quedara libre por toda su vida de dichas cargas y oficios concejiles aun cuando posteriormente falleciera alguno (*bm*).

Pero estos medios que parecían tan adecuados al propósito de desarrollar la población, no surtieron efecto alguno porque no hay fomento ni estímulos que valgan para aumentar el número de los habitantes cuando por cualquier causa se amengua la cuantía de la producción que los sostiene.

Es fácil probar, dice Filangieri, que todos los esfuerzos del Estado para aumentar la población, son ineficaces cuando no se remueven los obstáculos que entorpecen el desarrollo demográfico. Si recorremos los empolvados mamotretos que contienen la confusa legislación de las naciones europeas, no encontraremos un solo Estado que no haya dictado leyes para fomentar el matrimonio, y otorgado privilegios a los padres de familia y en especial, a los que han tenido varios hijos. Pero no obstante tantos estímulos, la esterilidad de la naturaleza se perpetúa; cada día se abre en medio de nosotros una ancha tumba donde una generación entera corre a sumergirse con toda su posteridad, y faltan hasta hoy más de 100.000.000 de habitantes para acabar de poblar a Europa. Vistos estos hechos ¿cómo dudar de que nuestros sistemas de legislación (o más propiamente diremos nosotros, de fomento de las poblaciones) adolecen en este punto de grave vicio?

La ineficacia de los medios directos ha resaltado de manera singular en los tiempos posteriores, porque habiendo sobrevenido en las naciones europeas un prodigioso desarrollo industrial, ha sucedido que junto con caer en el más absoluto desuso las leyes de fomento, la población de Europa ha aumentado en mucho más de los 100.000.000 que

(*bm*) *Nueva Recopilación*, l. 14, tit. I, lib. V.

a juicio de Filangieri, faltaban para llegar al estado de saturación.

Conclusión: si se exceptúan aquellos casos en que una excesiva mortalidad ocasionada o por la guerra, o por las condiciones anti-higiénicas de los habitantes detiene el crecimiento de la población, el medio por excelencia de aumentarla es el fomento de la industria; de manera que los padres no tengan motivo para temer que sus hijos queden sin parte y sin asiento en el banquete de la vida.

§ 18. La limitación de los frutos espontáneos de la naturaleza no solo ocasiona el fraccionamiento de las sociedades conforme adquieren un desarrollo desproporcionado, sino que también mantiene encendida la tea de la discordia provocando entre las tribus comarcanas la lucha por la vida.

Según Darwin, cada tribu de fueguinos vive rodeada de otras que hablan dialectos diferentes y respecto de las cuales se mantiene en estado de guerra permanente. La mayor parte de las veces no hay más causa que ocasione la ruptura de hostilidades que la escasez de la caza y de la pesca (*bn*).

De los indios de Arauco, dicen dos autores citados por Medina, que de continuo se comprometían en guerras tan encarnizadas que no era raro pereciese el último individuo de la tribu vencida (*bñ*).

Nordenskiold atestigua que la causa más frecuente de guerra entre los indígenas del Pilcomayo es la pesca o la

(*bn*) Darwin, *Voyage*. pag. 232 et 237.

(*bñ*) Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VII, pág. 120.

Habiendo Hobbes forjado su filosofía política para justificar el despotismo de los Stuardos, sus doctrinas fueron siempre muy impopulares, y los autores liberales, desde Locke adelante, han querido pulverizarlas demostrando que son falsos todos sus principios fundamentales. La verdad es, sin embargo, que la etnografía más bien ha confirmado los principios de Hobbes que no los de sus contradictores. Para demostrar la necesidad originaria del despotismo, Hobbes sentó que a los principios los hombres vivieron en estado permanente de guerra de todos contra todos y que el miedo recíproco fué lo que les indujo a constituirse en sociedad civil para defenderse unos a otros. Hobbes, *Fondemens de*

codicia del botín; y Dumont D'Urville nos informa que casi todas las islas del archipiélago de Viti están pobladas, pero que aquellas que se encuentran situadas cerca de tribus poderosas, son de continuo devastadas por guerras asoladoras (*bo*).

« En el estado salvaje, dice Giddings, hay siempre corrientes que afluyen de todas las direcciones hacia los mejores sitios de caza y de pesca, lo cual pone en contacto a tribus que entre sí no tienen lazo alguno ni relaciones, provocando crónicas hostilidades. Las espantosas luchas entre las tribus algonquinas e iroquesas eran la consecuencia de su convergencia hacia los valles del Mohawk. Los valles del Delaware, del Ohio, del Misisipí Alto, del Colombia y del Colorado, han sido centros de análogos movimientos convergentes y teatros de guerras de exterminio » (*bp*).

La gran desgracia de los mayennas, dice Livingstone, es que se odian unos a otros de tribu a tribu en términos que cada jefe desearía ver muerto a su vecino. En Tchorué, dice más adelante, no íbamos a parte alguna sin topar con indígenas que nos rogaban matásemos a sus compatriotas, y no conseguíamos decidirlos a venir con nosotros a los caseríos vecinos porque les arredraba el temor de encontrar allí a los matadores de sus padres, de sus tíos y de sus abuelos (*bq*). De las tribus árabes de Argelia, dice Besson, que son grupos autónomos que a menudo viven en

la Politique, chap. I, pag. 6 et 15. Pues bien, la etnografía enseña hoy sustancialmente lo mismo, a saber, que los salvajes se mantienen constituídos en tribus con el ostensible propósito de robustecer su defensa contra los enemigos, y que ellas viven en estado de permanente y recíproca hostilidad.

(*bo*) Dumont D'Urville, *Voyage au Pole Sud*, t. IV, pag. 246.
Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. VIII, pag. 113.

(*bp*) Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 129.

(*bq*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 142, et t. II, pag. 135 et 139.

guerra y no olvidan sus rivalidades sino cuando sienten la necesidad de unirse contra los infieles (*br*).

Por efecto de un desarrollo enteramente espontáneo de los sentimientos, la aversión contra las tribus circunvecinas, que nos disputan el alimento, se extiende y se generaliza hasta convertirse en esa hostilidad contra todo extranjero, que se nota en los pueblos atrasados y que más o menos atenuada subsiste hasta los grados superiores de la cultura. Una de las mayores dificultades que los exploradores del continente negro han tenido que vencer para procurarse guías, auxiliares y mozos de servicio entre los indígenas ha sido la resistencia opuesta por muchas tribus a celebrar tratos con individuos extraños.

Cuando Stanley costeaba el gran lago llamado Tanganika, llegó al frente de un caserío donde fué muy mal recibido porque « los wabemmbés tienen profunda aversión a los extranjeros »; y de los indígenas de Mannkora, dice que son de cierto superiores a los demás riberanos del río Livingstone, pero que aborrecen a los extranjeros, etc., etc. (*bs*).

Por herencia de las primeras edades, el derecho aparece en todos los pueblos semi-civilizados sancionando estos odios internacionales. Ahí tenemos el ejemplo de Grecia. Antes de la guerra de Troya, los pequeños Estados de aquel país, poblados por una misma amalgama de dorios y jonios, vivían en guerra casi permanente, y para no verse precisados a cultivar relaciones de comercio y amistad, se empeñaban en bastarse a sí mismos. Más aun: como para sancionar esta recíproca aversión, el derecho había establecido múltiples y odiosas exclusiones contra los extraños. No obstante la diversidad de las legislaciones que regían en tantos pueblos independientes, en todos ellos el extranjero no podía ser propietario, ni parecer en juicio, ni testar.

(*br*) Besson, *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, de 1894, pag. 279.

(*bs*) Stanley, *Le Continent Mystérieux*, t. II, pag. 65 et 305.

Un ateniense no podía desposar a una tebana, y solo por medio de un tratado especial, se autorizaron los matrimonios entre las dos únicas ciudades que había en la pequeña isla de Creta. En una palabra, todos los beneficios sociales y jurídicos se reservaban exclusivamente para los nacionales; y el extranjero podía ser expulsado por un acto llamado *xénélasia*, sin motivo justificante y sin forma de juicio (*bt*).

Bajo la influencia que la cultura superior ejerce a menudo sobre la inferior, estas exclusiones jurídicas fueron también establecidas en Roma. En el Estado romano, como en los Estados helénicos, el extranjero no tenía a los principios derecho a nada. La misma plebe, clase formada con elementos adventicios extraños al núcleo romano, estaba a los principios jurídicamente excluída de toda participación en los beneficios del Estado.

Para apreciar hasta qué grado llegaban los odios internacionales, baste observar dos hechos: 1º que en Israel se tuvo que imponer por la autoridad de Jehová la obligación de dar posada al peregrino para que no se le despidiese inhumanamente, esto es, para que se hiciera por respeto a la divinidad lo que en los pueblos cultos hace todo hotelero por su propio interés (*bu*); y 2º que en griego y en latín, una misma palabra, *hostes*, servía para designar al huésped extranjero y al enemigo y sirve de raíz en las lenguas ro-

(*bt*) Thucydide, *Guerre du Péloponese*, liv. I, chap. III, XV et XVII.

Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVII, chap. I, § 19.

Grote, *Histoire de la Grèce*, t. III, 2ème Partie, chap. VI, pag. 317.

Fustel de Coulanges, *Nouvelles Recherches*, etc., pag. 44.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. III, IV et V.

(*bu*) Es singular que un pueblo de tan estrecho nacionalismo como el de Israel y tan atrasado bajo de otros respectos jurídicos, haya mostrado abierta tendencia a sustituir el estatuto personal por el real. No contristarás al extranjero ni serás molesto al peregrino, pues vosotros mismos fuisteis extranjeros y peregrinos en la tierra de Egipto, dice el Éxodo; el Levítico dice más expresamente que el extranjero que morare entre los israelitas se debe considerar como el natural de la tierra; y el

mances a voces que expresan ideas tan opuestas como *hostería* y *hostilidad.*

§ 19. Tanto la vida nómada cuanto el fraccionamiento de la sociedad en parentelas hostiles ejercen en la formación originaria del derecho una influencia trascendental que se hace sentir hasta los grados más altos de la cultura jurídica y que conviene estudiar antes de proseguir nuestras investigaciones sobre la constitución demográfica del Estado.

Enséñanos la historia de los pueblos civilizados que cuando entre ellos se realizan conquistas bélicas, el país conquistado queda generalmente sometido después de la guerra a la ley común del vencedor. Solo por excepción y para mientras se avienen los vencidos a la dominación extraña, suele suceder que se les someta por algún tiempo a leyes y exclusiones especiales, siempre enderezadas a procurar su más pronta asimilación. La simple diferencia de nacionalidades o de razas, si no va agravada por una muy honda diferencia de cultura, no es para los pueblos civilizados causal que justifique la adopción, por parte de los conquistadores, de un régimen de exclusión que pretenda privar perpetuamente a los vencidos de los beneficios del derecho común.

Por el contrario, en los casos de guerras de conquista entre sociedades semi-civilizadas, los habitantes del territorio conquistado son agregados, pero no asimilados a la población vencedora, y ya se les transporte al país de los conquistadores en calidad de esclavos, ya se les deje en el país natal en calidad de tributarios, quedan de todas suertes fuera del cuadro del Estado, como extraños al cuerpo político, sometidos a los caprichos del conquistador y gravados con cargas que en esos estados sociales ningún hombre libre soporta. Casos en que podamos estudiar este régimen, bajo del cual aparece una población heterogénea y

Deuteronomio establece que no se haga diferencia entre el nacional y el extranjero para la administración de justicia. *Éxodo*, cap. XXII, § 21 y cap. XXIII, § 9. *Levítico*, cap. XIX, § 33 y 34. *Deuteronomio*, cap. I, § 16, cap. XXIV, § 11 y cap. XXVII, § 19.

compuesta sujeta a diferentes leyes, nos ofrece muchos la historia.

Cuando el cautiverio de Babilonia, los israelitas vivieron regidos por las leyes mosaicas y sometidos a sus propias autoridades (*bv*); y en Egipto, siempre y en especial antes de la dinastía griega de los Ptolomeos, rigieron varios estatutos para los diferentes pueblos que componían el Estado (*bx*).

En su larga vida de conquistador, nunca se curó el pueblo romano del gobierno y administración de los Estados vencidos. Satisfecho con sojuzgarlos para obligarlos a pagarle tributo y a prestarle ayuda en sus guerras posteriores, les dejaba intactas sus instituciones y sus leyes; y salvo tal o cual caso excepcional, habría tenido por acto de debilidad el hacerles partícipes de los beneficios del derecho romano o curarse de darles buena administración y buenas leyes.

Cuando los bárbaros invadieron el Imperio Romano, ora en calidad de auxiliares de los pretendientes, ora en calidad de conquistadores y enemigos, cada tribu invasora aportó consigo un estatuto personal, esto es, un cuerpo de leyes consuetudinarias que respetaban todos los individuos que la componían, pero que no se imponían a los extraños y ni aun a los habitantes del país conquistado. A virtud de esta práctica, hubo países donde al cabo de varias y sucesivas invasiones que fueron superponiéndose, quedaron rigiendo simultáneamente varios estatutos; pero la ley sálica o ripuaria no obligaba más que a los francos; la ley burgunda, a los burgundas; la lombarda, a los lombardos; la visigótica, a los visigodos; y en todo caso y en todos los Estados, la ley romana seguía vigente para los antiguos súbditos del imperio (*by*).

(*bv*) Ledrain, *Histoire d'Israel*, t. II, chap. XV, pag. 88.

(*bx*) Dareste, *Etudes d'Histoire du Droit*, pag. 10.

(*by*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 23 et passim.

De un principio semejante, que en cada Estado y para cada individuo hace prevalecer la ley gentilicia contra la ley local, se derivan, como bien se comprende, muchas diferencias jurídicas que prácticamente se traducen en exclusiones de unos y privilegios de otros, constituyen regímenes odiosos de desigualdad que a favor de las circunstancias suelen perpetuarse durante largos siglos, y crean dificultades a veces insuperables a la política.

Ejemplo de los entorpecimientos con que la administración y el gobierno de los pueblos tropiezan por causa del estatuto personal es el actual imperio de Austria-Hungría. Compuesto de numerosos pueblos que a causa de la diversidad de sus razas y de sus historias, son inamalgamables y repugnan a la unificación nacional, vive constantemente agitado y debilitado por las tendencias y pretensiones antagónicas que los animan. No está el mal propiamente en que cada uno quiera conservar su autonomía, sino en que hasta hoy no se ha formado un fondo de aspiraciones comunes que sirva de base a un gobierno nacional. Leyes reclamadas por los unos son repudiadas por los otros; aquí se exige el libre-cambio, allá la protección; unos quieren unas alianzas, otros otras. El antagonismo es tan vivo que la formación de cada ministerio, el nombramiento de los empleados, la traslación de los jueces suelen crear a la corona dificultades casi insalvables. Para remediar estos males, la raza germánica, que tiene acaso un ideal superior de la cultura jurídica y de las necesidades del imperio, ha pretendido amalgamar a todos estos pueblos bajo de su mano vigorosa; pero las otras razas, celosas de su personalidad, de sus tradiciones y de sus fueros, le han disputado el poder para conservar su autonomía. Hasta el 12 de Agosto de 1879 gobernó el ministerio alemán centralista de Auersperg-Leihammer, y en aquella fecha fué subrogado por el Ministerio de Taafe formado por la coalición de los tchecas, los ruthenos, los dálmatas, los polacos, los húngaros, etc. La misma alternativa se ha venido repitiendo posteriormente sin adelantar un paso en la amalgamación de elementos tan heterogéneos.

Este sistema político-jurídico, conocido en la ciencia del derecho bajo el nombre de *estatuto personal*, trae evidentemente su origen de un estado primitivo en que por causa de la vida nómada, el derecho nace con absoluta prescindencia del territorio, y en que la cohesión social y las relaciones jurídicas se establecen como mero efecto de la consanguinidad. Cuando la sociedad carece de territorio porque todavía no se ha radicado en parte alguna, no puede regir en ella el principio territorial, en virtud del cual la ley obliga a todos los que viven dentro de la jurisdicción del Estado, y cuando las relaciones sociales no tienen más fundamento que la consanguinidad, y las leyes son simples costumbres, no pueden los extraños, fundados en el hecho indiferente de su residencia y cohabitación, pretender el goce de los beneficios de un derecho ajeno. Cada cual lleva su ley y su derecho en su sangre.

Cuando Aristóteles quiere definir la ciudadanía, sostiene, evidentemente bajo la inspiración del estatuto personal, que el domicilio no hace al ciudadano, puesto que hay esclavos y extranjeros domiciliados. Aun agrega que en el lenguaje usual, ciudadano es el hijo de padres ciudadanos. A su juicio, no se debe llamar ciudadano sino al que tiene capacidad para desempeñar las funciones de juez y de magistrado (*bz*).

Efecto del estatuto personal es también la falta en los pueblos más atrasados de ciertas nociones sociales, políticas y jurídicas como *patria*, *tierra natal*, *metrópoli*, *patriotismo*, *domicilio*, etc., que solo pueden nacer cuando el principio territorial ha penetrado en las costumbres y en el derecho (*ca*). En el estado de mayor atraso, la tribu reemplaza a la patria, la clasificación social al domicilio, la lealtad al patriotismo y la jefatura social a la soberanía territorial.

Este sistema es tan inherente a los grados inferiores del

(*bz*) Aristoteles, *La Politique*, liv. III, chap. I, § 3, 4 et 9.

(*ca*) Lyall, *Moeurs de l'Extreme Orient*, chap. VII, pag. 325

desarrollo social, que cuando alguna nación civilizada, verbigracia, Francia, ha pretendido, violándolo, hacer partícipes de su propia cultura jurídica a tales o cuales pueblos atrasados, han fracasado lastimosamente sus empresas de colonización; y al contrario, cuando se ha avenido a respetar las costumbres e instituciones bárbaras de dichos pueblos, acto continuo han empezado a debilitarse las resistencias.

Una de las naciones más cultas y más poderosas de la tierra, cual es Inglaterra, no ha logrado fundar y mantener su inconmensurable imperio colonial, sino respetando en los pueblos sujetos a su hegemonía el principio del estatuto personal. Según Lyall lo atestigua, las religiones, las sectas y las tribus de la India no encuentran estorbo alguno de parte del gobierno británico para seguir observando los usos, prácticas y costumbres que regían al tiempo de la conquista; y las instituciones políticas y administrativas de aquellos pueblos no han sido sensiblemente modificadas por la superposición de la organización inglesa. A tal extremo llega la escrupulosidad con que la metrópoli respeta la autonomía y la libertad de los pueblos indígenas, que impasiblemente y sin escandalizarse contempla las prácticas más bárbaras, como la brujería y la adivinación, y solo después de muchas vacilaciones se atrevió un día a prohibir los sacrificios humanos. Merced a esta tolerancia, los 460 Estados que aproximativamente se cuentan en la India, se han mostrado hasta ahora más o menos conformes con la dominación británica (*c b*).

Aunque por su naturaleza el estatuto personal nace en los grados inferiores del desarrollo político, sus raíces penetran tan profundamente en las sociedades, que aun la cultura jurídica de los Estados más civilizados no ha logrado todavía extirparlo por completo, pues en la historia humana el derecho, las instituciones y todas las cosas sociales que se forman por efecto de tales o cuales causas, de ordinario quedan subsistentes, por efecto de la inercia y del hábito, hasta

(*c b*) Lyall, *Moeurs de l'Extrème Orient.* pag. 471.

largo tiempo después de haber desaparecido dichas causas (*cc*).

§ 20. De los dos fenómenos que hemos estudiado más arriba, cuales son el fraccionamiento interno y la recíproca hostilidad de las tribus, se deriva un problema cuya solución da mucha luz sobre los orígenes de las instituciones políticas. Reducido él a su más simple expresión, se puede plantear en los términos siguientes: si las tribus viven hostilizándose recíprocamente y cuando apenas empiezan a desarrollarse se fraccionan, ¿cómo se forman las grandes poblaciones que constituyen la fuerza de los Estados poderosos? o en otros términos, ¿cuáles son las causas sociales que paralizan el fenómeno de la disgregación y dan origen al de la agregación?

Sin duda es en el estado social y psicológico de los pueblos primitivos donde está la solución de este problema; pero es el hecho que la doble tendencia a la hostilidad y al fraccionamiento los mantiene reducidos a la condición de simples embriones demográficos. A través de millares de años de existencia, las sociedades más salvajes de nuestros días no han podido por aquella causa ascender de la ínfima categoría de diminutos cacicazgos. A todas luces, si vemos hoy formadas esas grandes poblaciones que constituyen el núcleo de la civilización, es porque aquella doble

(*cc*) Disposición inspirada por el estatuto personal es, verbigracia, la del artículo 15 del Código Civil chileno que dice: «A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles permanecerán sujetos los chilenos no obstante su residencia o domicilio en país extranjero: 1º en lo relativo al estado de las personas para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile; y 2º en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos».

Por el contrario, está inspirada en el estado real la disposición del art. 7º del Código Civil argentino que dice: «La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República».

Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V, pag. 71.

tendencia ha sido en algunas partes contrarrestada por causas de mayor eficiencia. ¿Cuáles son ellas?

Aun cuando el fraccionamiento interno cesa a la larga por efecto de la adopción de la agricultura, debemos descartar de nuestros estudios la hipótesis pueril que supone una pareja originaria de la cual nace una familia que por crecimiento se convierte en *gens*, *gens* que por crecimiento se convierte en tribu, tribu que por crecimiento se convierte en nación. Con arreglo a esta hipótesis, ideada por el mosaísmo para dar fundamento a la unidad del género humano, las grandes poblaciones de los Estados antiguos se tenían por simples descendencias ramificadas de un tronco común, de un patriarca cualquiera, de un Sem, de un Cham, de un Japhet (*c d*).

Desgraciadamente no se funda esta hipótesis en hecho alguno que la justifique. Ideada antes de que la observación hiciera ver el modo y forma del crecimiento demográfico, es obra de pura imaginación porque para explicar un fenómeno que es de carácter social, prescinde de las causas sociales, y suponiéndolo de una simplicidad absurda, lo atribuye a una causa meramente biológica.

No hay en la historia humana ejemplo alguno de una tribu que por efecto de un desenvolvimiento puramente espontáneo, haya llegado en breve o en largo tiempo a convertirse en población (*c e*). Por más prolífica que una tribu

(*c d*) Martínez Marina, pág. XIV del Prólogo de su *Teoría de las Cortes*, t. I, pág. 146.

Thorel, *Del Origen de las Sociedades*, pág. 21.

Viveiros de Castro, *Estudios de Direito Público*, pag. 4 a 9.

Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, XLIX leçon, pag. 398.

Con referencia a los pueblos indígenas de África, dice Starcke: «Le premier groupement social, nous le reconnaissons, n'a pas toujours été celui de la famille». Starcke, *La Famille Primitive*, chap. III, pag. 53.

(*c e*) Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, cap. VI, pág. 113, caps. VII, pág. 146 y VIII, pág. 160.

Es muy digno de notarse que en los Estados civilizados, por ejemplo, los de la América hispana, han fracasado lastimosamente cada vez que

sea, jamás alcanza las proporciones de verdadera población porque, o el fraccionamiento la divide, o ciertas causas sociales, cuales son la guerra, el infanticidio y los malos tratamientos, propenden constantemente a debilitarla y empequeñecerla.

De entre estas causas, como bien se comprende, la guerra propende a disminuir el número de varones porque las funciones militares tienen generalmente carácter viril. Así se explica el que cuando los holandeses se establecieron en Bantú, se contasen allí diez mujeres para cada hombre; y el que después de una guerra civil en Soñora, hubiese para cada hombre siete mujeres (*cf*).

Según D'Albertis, de los 300 habitantes que encontró en el caserío de Naiabui, en Nueva Guinea, a lo menos los dos tercios eran mujeres; según el capitán Dillón, citado por Rienzi, en Ticopia (Tahití), el número de mujeres era en cierta época tres veces mayor que el de hombres (*cg*); y según Azara, cuando los guaraníes del pueblo de Icape fueron sojuzgados, « las dos terceras partes eran mujeres » (*ch*)

Mientras la guerra alimenta sus fauces insaciables principalmente de varones, el infanticidio se ceba principalmente en la carne de hembra. En la isla de Tawan, cerca de Nueva Guinea, como notase Albertis que había muy pocas muchachas, un misionero le explicó el hecho informándole que muchas eran muertas al nacer (*ci*). En la Hotentocia, según cierto autor citado por Lubbock, el infanticidio es muy común, y de ordinario las víctimas pertenecen al sexo

se han empeñado en la empresa de aumentar sus poblaciones mediante el solo fomento de la vitalidad nacional cerrando la puerta a la inmigración de extranjeros.

(*cf*) Letourneau. *L'Évolution du Mariage et de la Famille*, chap. V, pag. 93 et 94.

(*cg*) Rienzi. *La Oceanía*, t. III, pag. 274.
D'Albertis. *La Nouvelle Guinée*, pag. 160.

(*ch*) Azara. *Descripción e Historia del Paraguay*, etc., t. I, capítulo X, § 57.

(*ci*) D'Albertis. *La Nouvelle Guinée*, pag. 108.

femenino. Lo mismo pasa en ciertas tribus árabes y los padres pretenden justificar estos asesinatos aduciendo que las mujeres no sirven para la guerra (*cj*).

De Tahití se calcula que dos tercios de los recién nacidos mueren a manos de sus padres, y más de la mitad en las islas de Sandwich. En Nueva Gales del Sur las mujeres reciben de los hombres tan cruel tratamiento que muy pocas llegan a la edad de los 30 años; y de Australia, dice Salvado, que cuando por primera vez se internó en sus bosques a principios de 1846, solo encontró «unos seres que más tenían de bestias que de hombres... maridos que por cualquier friolera mataban a sus mujeres, y madres tan desnaturalizadas que se deshacían de su tercera hija sin alegar más razón que el excesivo número de mujeres» (*cl*).

Hasta que el gobierno inglés ha conseguido suprimir práctica tan inhumana, los Tobas de la India no conservaban más de una o dos hembras por cada familia para la procreación y eliminaban las demás por la imposibilidad de sustentarlas. En China nunca se abandonan los niños varones, pero por la misma causa indicada, por la escasez de las alimentos, se dejan abandonadas en las calles o en los campos, o se tiran a los ríos las hijas. Sea por efecto de los malos tratamientos, sea por efecto del infanticidio, cierto viajero no encontró en unos caseríos de los Gondes de Bengala ni una sola muchacha (*cm*).

Vengamos a las Américas. Entre los pieles rojas del norte, la práctica del infanticidio no subleva el menor escrú-

(*cj*) Lubbock, *L'Homme Préhistorique*. pags. 393, 408, 417, 444 et 475.

(*cl*) Salvado, *La Australia*, 2ª Parte, cap. X, pág. 248.

(*cm*) Lubbock, ob. cit., pag. 393, 408, 417, 444 et 475.

En la India antigua, las hembras eran a menudo *suprimidas* por sus padres; la supresión la hacían exponiéndolas para que las devorasen las fieras «como lo indican claramente pasajes de los *Vedas*». Lefmann, *Historia de la India Antigua*, pág. 29 del t. I de la *Historia Universal* de Oncken.

pulo ni el más leve sentimiento de piedad. Entre los indígenas del Orinoco, al contrario, sienten las madres tan vivamente la desgraciada condición de su sexo que por conmiseración matan a sus hijas recién nacidas cortándoles a raíz el cordón umbilical. Y entre los del Paraguay, el infanticidio es regla antes que excepción (*cn*). Azara, que visitó este país a principios del siglo XIX, dice que en esa época no quedaban de la tribu de los guaicurús más que un varón y tres mujeres, y que su exterminio no había sido ocasionado tanto por la guerra cuanto por las prácticas del aborto y el infanticidio (*cñ*).

Según Nino, los chiriguanos de Bolivia matan por caridad a aquellos de sus hijos que nacen ciegos, tullidos, cojos, mancos o sordo-mudos (*co*); y en las tribus de los chorotis y de los ashluslayos del Chaco, según Nordenskiold, se mata a los niños y a los viejos sin el menor escrúpulo (*cp*).

De estos datos se infiere que las prácticas de la guerra, del infanticidio y de los actos violentos son tan generales en las sociedades atrasadas y tan desastrosos sus efectos que hay que desechar la hipótesis que atribuye la formación de las grandes poblaciones al desenvolvimiento espontáneo de las tribus diminutas. Las prácticas indicadas, que por cierto no fueron extrañas para los pueblos de la Antigüedad clásica, bastan por sí solas a contrarrestar el crecimiento de las tribus (*cq*).

Por otra parte, si en algunos casos particulares no han

(*cn*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 580.

(*cñ*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay*, t. I, cap. X, § 122.

(*co*) Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. VIII, pág. 218.

(*cp*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 33.

(*cq*) En Roma las más antiguas tradiciones recogidas por Dionisio de Halicarnaso, atribuían a Rómulo el haber prohibido a los padres matar a los hijos antes de enterar tres años de edad. Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chap. VI, pag. 32.

actuado con mucho vigor estas causas, es probable que otras de orden fisiológico hayan impedido a las tribus convertirse en poblaciones. Entre un número tan reducido de individuos como el que compone cada tribu, aun cuando no sean originariamente consanguíneos, no se puede practicar la endogamia durante mucho tiempo sin que sobrevengan el raquitismo y el agotamiento. Entregada a sus solas fuerzas vitales, después de un breve período de prosperidad y crecimiento, cada tribu ha de propender antes que a crecer por la fecundidad, a decaer y a extinguirse por el raquitismo y la esterilidad.

En resumen, los pueblos más atrasados viven, generalmente, bajo la acción permanente de causas sociales que propenden a empequeñecerlos y exterminarlos, y cuando algunos por excepción se sustraen a ellas, la escasez de la producción espontánea los precisa a fraccionarse cada vez que se sienten amagados por el hambre.

§ 21. Como quiera que la hipótesis del desarrollo auchtóchtono y espontáneo no basta por sí sola a explicar el crecimiento de las tribus, hay que buscar en otros hechos las causas generadoras de las grandes poblaciones. ¿Cuáles son esas causas?

Un hecho fundamental es que no se pueden formar grandes poblaciones mientras el hombre vive de la producción espontánea, de suyo intermitente y agotable. Solo cuando la industria agrícola empieza a forzar la producción natural, empieza a nacer una situación económica en que propende a desaparecer la causa más grave, cual es la escasez de alimentos, que mantiene a las tribus sujetas a la necesidad permanente de fraccionarse y hostilizarse.

Empero, no vayamos a creer que la invención de la agricultura forma de seguida y por sí sola grandes poblaciones. Su efecto se concreta a facilitar su formación. Aquellos sentimientos, en especial los de odio que por efecto de una determinada situación social germinan en el corazón de los pueblos, por lo común no se extinguen cuando la situación causante desaparece sino que convertidos en alma de hábitos arraigados, conservan su vitalidad por tiempo

indefinido. En la India inglesa y en otras regiones del globo, se ha observado que siglos después de la adopción de la agricultura, cuando de largo tiempo atrás la carencia de la producción espontánea ha sido suplida por la abundancia de la producción agrícola, muchas tribus siguen hostilizándose y aun fraccionándose como si la ley suprema de la lucha por la vida las precisara todavía a fraccionarse y hostilizarse.

Este fenómeno, mitad social, mitad psicológico, deja colegir que aun cuando la existencia de las grandes poblaciones supone indispensablemente la previa adopción de la agricultura, son otros los hechos que explican su crecimiento y su formación. Determinémoslos.

Según el testimonio uniforme de nuestros cronistas, cada parcialidad de indígenas, presidida, no gobernada por un cacique, se manejaba independientemente en el territorio araucano a la manera de un Estado embrionario pero soberano. Mas, en ciertos casos, sobre todo en los de guerra, cuando se jugaban la libertad y las tierras de todos, las tribus más extrañas se concertaban entre sí y procedían unidas contra el común enemigo (*cr*).

Un acuerdo semejante, según Azara, celebraron en cierta ocasión algunas tribus del Uruguay. Poco antes de 1679 habían emprendido los charrúas una guerra de exterminio contra las tribus circunvecinas, en especial contra la de los minuanes. Pero cuando en aquel año empezaron los españoles las obras de fundación de Montevideo, charrúas y minuanes se unieron para combatir al enemigo común en tan estrecha alianza que desde entonces se les da indistintamente uno u otro nombre (*crr*).

Entre los kabiles de Berbería, cada caserío forma una comunidad autónoma, pero en ocasiones de peligro común,

(*cr*) Rosales, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XVIII, págs. 112 y 113.
Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VII, pág. 120.
Alonso de Ovalle, *Historica Relacion*, lib. III, cap. II, pág. 150.

(*crr*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 7 y 29.

y sobre todo, cuando se les llama a la guerra santa, suelen unirse varios caseríos formando una como federación (*cs*).

Así mismo, en la Hotentocia es común que varias tribus diminutas formen alianzas ofensivas y defensivas contra otra poderosa que las amaga por junto. Spencer, que lo certifica, agrega que las mismas alianzas de tribus por causas análogas se celebran en Nueva Caledonia, en Tanna, en Samoa, y que entre los karenses de la India el temor a un peligro común o el deseo de vengarse de una común injuria suelen hacer que las tribus extrañas se concierten para la defensa o para el ataque (*ct*).

Cuando los españoles arribaron a las Filipinas, las tribus indígenas se encontraban comprometidas, según Rosales, en guerra encarnizada; pero a la vista de aquellos extranjeros y a poco de muerto Magallanes, se unieron pactando para combatirlos firmes amistades y unión de armas (*cu*).

En Australia se ha visto en casos de grandes epidemias refundirse en una, dos o más tribus vecinas y explotar en común los territorios respectivos, y en casos de guerras, confederarse dos o más caseríos amigos, cada uno empeñado en aumentar sus aliados para asegurar la victoria (*cv*).

Las frecuentes guerras en que los pueblos de Nueva Zelandia se hallan empeñados y la flaqueza de las tribus (dice un viajero) son causa de que se reunan muchas para formar ligas ofensivas contra sus enemigos. En otro tiempo, se juntaban habitualmente las tribus de la Bahía de las Islas y la de Chuki-Anga con las del Churaki para asolar los pueblos de la Bahía de la Abundancia y del Cabo Este. En los últimos años, los dos primeros pueblos iban a batallar cada año contra los de Churaki y del Wai-Kato coligados (*cw*).

(*cs*) Hartmann, *Les Peuples d'Afrique*, pag. 203.
Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie*, t. II, pag. 4 et 5.

(*ct*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 451 et 484.

(*cu*) Rosales, *Historia de Chile*, lib. I, cap. IV.

(*cv*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 787.

(*cw*) Rienzi, *La Oceanía*, t. III, pág. 134.

Por lo común estas alianzas son muy efímeras; con la misma facilidad con que se las hace se las deshace; y las mismas tribus que un día combaten como enemigas otro combaten como aliadas. Empero, bien se comprende que en muchos casos, cuando se perpetúan las causas que originan estas alianzas, las alianzas mismas propenden a convertirse en confederaciones permanentes pasando las pequeñas tribus aliadas a constituir un Estado más o menos grande y poderoso. Tal fué, verbigracia, el caso de las tribus celtíberas en tiempos de la conquista romana, según lo enseña Costa (*cx*).

«En los Estados Unidos, dice Engels, encontramos la forma más desarrollada de una federación de esa especie entre los iroqueses. Abandonando sus residencias del Oeste del Misisipí, donde probablemente habían formado una rama de la gran familia de los dakotas, después de largas peregrinaciones se fijaron en el actual Estado de Nueva York, divididos en cinco tribus. No excediendo nunca del número de 20.000, había muchas *gentes* comunes en las cinco tribus, hablaban dialectos parecidísimos de una misma lengua y ocupaban a la sazón un territorio compacto repartido entre las cinco tribus. Siendo de conquista reciente ese territorio, caíase de su propio peso la necesidad de la cohesión habitual de estas tribus enfrente de las hordas rechazadas, y a más tardar, en los primeros años del siglo XV, se convirtió en una *liga eterna*, en una confederación que, comprendiendo su nueva fuerza, no tardó en tomar un carácter ofensivo: cuando llegó a su apogeo hacia 1675, había conquistado en torno suyo vastos territorios, cuyos habitantes había en parte expulsado, en parte hecho tributarios» (*cxi*).

De alianzas análogas encontramos innumerables casos en la historia y en las tradiciones. La leyenda mosaica, por ejemplo, hace resaltar primeramente la tendencia primitiva

(*cx*) Costa, *Introducción a un tratado de Política*, pág. 252.

(*cxi*) Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, pág. 166.

al fraccionamiento en la separación de Cain y Abel, de Sem, Cham y Japhet, de Abraham y Lot, de Ismael e Isaac, de Esaú y Jacob, cada uno de los cuales se supone haber sido tronco de una raza diferente. Aliadas en seguida para la conquista de Canaan las doce tribus descendientes de los doce hijos de Jacob, vivieron largo tiempo aisladas o regidas accidentalmente por caudillos hasta que a despecho de la teocracia, convinieron en unirse bajo el cetro de un monarca para mantenerse permanentemente organizadas contra los ataques de las tribus circunvecinas (*cz*).

Según Fustel de Coulanges, se contaban primitivamente en el territorio de Atica 170 a 174 demos, los cuales disminuyeron poco a poco por la unión de varios en uno. En la llanura de Maratón, había cuatro que se asociaron a perpetuidad para adorar el Apolo de Delfos. Otros dos se unieron para construir y dedicar un templo a Hércules. Y en fin, por incitación de Cécrope, la mayor parte de ellos adoptó el culto de Athenea Palias y acordó mantener la unión viviendo en una sola ciudad (*da*). Atestiguaban también las tradiciones que la ciudad de Mantinea se había formado por la unión de cinco demos, la de Tegea por la unión de nueve; que siete u ocho unidos habían formado la de Aegio, siete la de Patral, ocho la de Dymé, cuatro la de Amatris, etc., etc. (*db*).

Como quiera que en aquellos remotos siglos los pueblos de Grecia vivían en estado permanente de guerra, es de presumir que estas uniones tuviesen en el fondo el carácter y alcance de verdaderas ligas bélicas y que los motivos religiosos no fuesen más que simples pretextos o estímulos para celebrarlas y sancionarlas.

Casos semejantes de alianzas celebradas bajo el aguijón

(*cz*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 117.

(*da*) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, chap. III. El número de doce tribus es presumiblemente un arreglo social imaginario que nunca correspondió a la realidad. Véase nota (*di*).

(*db*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VIII, chap. III, § 2, liv. IX, chap. I, § 20 et liv. XII, chap. III, § 10.

del peligro los hay innumerables en todo el curso de la historia. Cuando los francos invadieron el Imperio Romano, no formaban una tribu simple, observa Sismondi, sino una asociación de tribus (*dc*). De los germanos, dice Gibbon, que cuando un peligro común les amagaba, se aliaban las tribus amagadas para constituir un solo ejército (*dd*). Lo mismo atestigua Heródoto respecto de los persas (*de*).

El caso más notable de integración demográfica que la historia ofrece es, quizás, el de la formación del pueblo romano. Según lo deja entender la etimología de la palabra *tribu*, el tercio, el pueblo romano fué formado originariamente por tres grupos que se unieron sobre la base de un igual reparto de las cargas y de las funciones públicas. La tradición conservó el nombre de estas tribus: la de los ramnenses, la de los ticienses y la de los lucerenses. En conformidad con la base fundamental de la unión, todas las corporaciones religiosas, los arvales, los salios, los lupercales, los augures, las vestales, los pontífices (encargados de la guarda de los puentes del Tíber) y todas las instituciones colegiales del Estado, el Senado, las curias, el ejército se componía de tres tercios enteros, esto es, de un número de individuos divisible por tres. El senado se componía de 300 senadores, cada legión de 3000 infantes y 300 caballeros, y había 30 curias y 300 *gentes* curiales. *Tributo* era el tercio de impuesto con que cada tribu contribuía a los gastos de la guerra, y *tribuno* era el jefe que en representación de una tribu mandaba un tercio de legión (*df*).

(*dc*) Sismondi, *Histoire des Français*, t. I, chap. I, pag. 13 et 21, chap. III, pag. 113 et XXVI, pag. 614.

(*dd*) Gibbon, *Histoire de la Decadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. IX, pag. 137.

(*de*) Heródoto, *Los nueve Libros*, t. I, lib. I, pág. 125

(*df*) Dionisio de Halicarnaso, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chap. III, pag. 16.

Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 106, 114 et 117

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. IV, pag. 53 et 54.

Marquardt, *Le Culte chez les Romains*, t. I, pag. 282 à 289

§ 22. Antes de proseguir nuestras investigaciones sobre las causas que ocasionan el crecimiento de la población primitiva, conviene estudiar los efectos que en el orden social surte la unión permanente de tribus.

Se ha observado repetidas veces que en los grandes imperios bárbaros y aun en los semi-civilizados, la población no está constituída por una sociedad de individuos sino por una asociación de tribus. Cuando Garcilaso de la Vega habla de los primeros pueblos fundados por los Incas alrededor del Cuzco, dice que los treinta del Poniente se componían de tres *naciones* de diferentes apellidos, a saber: Masca, Chillqui y Papiri; que los veinte del norte se componían de cuatro naciones de diferentes apellidos, a saber: Mayu, Cancu, Chinchapucyu y Rimactampu; que los del mediodía correspondían exclusivamente a la nación Ayarmaca; y que los demás eran de cinco o seis *gentes* de diferentes apellidos. Dado que los tales pueblos no contaban más de 300, 400 o 1000 habitantes, debemos presumir que las agrupaciones denominadas *naciones* por el cronista incásico eran simples *gentes* o a lo más, tribus (*dg*).

En concordancia con esta organización social, Maspero dice del Imperio faraónico que era una confederación de tribus, y precisamente en los mismos términos habla Heró-

---

(*dg*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, lib. I, cap. XX.

En este sentido usa Azara la voz *nación*, Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. XI, § 3.

Entre los aymarás y los quichuas de Bolivia, Bandelier ha encontrado subsistente el *ayllu* en regiones, como la isla de Titicaca, donde parecería que rigen sin competencia la constitución y la legislación de la República. «Los indígenas, dice, conservan todavía en todas partes, sea en la puna o en la sierra, la organización que les ha sido trasmitida desde tiempos pre-coloniales y que está basada sobre el *clan* (tribus) como unidad. El clan en quichua, así como en aymará, en el Perú y en Bolivia, lleva el nombre de *ayllu*». Bandelier. *Las islas de Titicaca y Koati*, t. I, págs. 176 y 177.

doto de los persas y califica Nadaillac al Imperio Azteca (*d h*).

La población ateniense, que originariamente se había formado por la unión de doce burgos, se componía en los tiempos históricos de diez tribus, y todas conservaban tan celosamente su personalidad y su autonomía que en el fondo constituían también una verdadera confederación o liga. En comprobación, baste saber que las fuerzas militares eran una aglomeración de contingentes independientes aportados por ellas; que cada una elegía anualmente un general para que mandara el ejército turnándose con los otros nueve; y que cada una sostenía para sus propios hijos una escuela cuyas puertas se mantenían cerradas para los demás. Dados estos antecedentes, no es de extrañar que la legislación de Solón, como dice Gide, considerase el Estado ateniense como una simple aglomeración de familias agrupadas en *demos*, tribus y *phratrias* (*d i*).

Análogamente en Roma y en todos los Estados italohelénicos, la sociedad civil y política no estaba jurídicamente constituída por una suma de individuos, sino por una aglomeración de agrupaciones, cuales eran las *curias*, las tribus y las *gentes* (*d j*); y por último, en el Imperio faraónico,

(*d h*) Nadaillac, *L'Amerique Prehistorique*, liv. I, chapitre III, pag. 68 et chap. VI, pag. 310.

Herodoto, *Los Nueve Libros*, lib. I, cap. CXXV.

En las leyendas antiguas algunos pueblos aparecen divididos en doce agrupaciones o tribus. Doce habrían sido las tribus de Israel, doce las ciudades de Jonia, doce los burgos primitivos de Atica, etc. Este número es puramente imaginario, tomado de los signos del zodíaco y de las revoluciones anuales de la luna. Stade, *Historia del Pueblo de Israel*, pág. 58. Lévy, *La Famille dans l'Antiquité Israélite*, pag. 70.

(*d i*) Demosthène et Eschine, *Oeuvres*, t. I, pag. 181 et t. VIII, pag. 402.

Gide, *Etude sur la Femme*, liv. I, chap. III, pag. 69

(*d j*) La palabra *Curia*, probablemente se derivó de *quiris* e indicaba, por tanto, un grupo de ciudadanos. Dionisio de Halicarnaso y Plutarco refieren que cuando se unieron los sabinos y los romanos, se acordó que cada uno se dijera romano, pero que en conjunto se llamaran

los *nomos* constituyeron la base de la organización política hasta los tiempos de la dominación romana (*dl*).

Esta organización social, simple agregado de tribus autónomas que en un tiempo fueron independientes, se encuentra hasta nuestros días en los pueblos más adelantados de África y de Asia y aun en naciones europeas.

Sin hablar del *sept* irlandés y del *clan* escosés, cuya existencia tiene poca importancia jurídica, observemos que hasta ha poco la población de Montenegro se ha compuesto de 42 tribus *(pleme)*, cada una de las cuales comprendía algunos linajes *(gentes)* o fratrias (brastvo) (*dm*); y que en las comarcas slavas de Rusia, el *mir* es una entidad colectiva reconocida por el derecho y respetada por la autocracia.

Fuera de Europa, encontramos esta organización aun en países sujetos a la dominación de naciones europeas.

Según Besson, la tribu, base de la sociedad árabe, no es más que una agregación de familias emparentadas entre sí y reunidas en un mismo suelo bajo la autoridad del más noble y del más anciano (*dn*); y Giraud Teulon observa

---

quirites en memoria de la patria dc Tatius, rey de *Cures*, capital de los sabinos. Como quiera que sea, los ciudadanos se distribuían en lás curias por *gentes*, dentro de las cuales existía la organización patriarcal que daba autoridad omnímoda al cacique. Mas, para establecer la igualdad entre todos los curiales, particularmente entre los padres y los hijos no emancipados, se prescindía de la organización de las *gentes*, y para los efectos del reclutamiento y de las elecciones, se estimaban iguales todos los miembros de la curia por grande que fuese en el orden civil la diferencia de derechos que había entre ellos.

Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VII, pag. 98, 100 et 180.

Dionisio de Halicarnaso, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chapitre X, pag. 96.

Plutarco, *Vidas Paralelas*, t. I, pág. 141.

Mispoulet, *Études d'Institutions Romaines*, pag. 5.

(*dl*) Meyer, *Historia del Antiguo Egipto*, pág. 141, t. I de la *Historia Universal* de Oncken.

(*dm*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, chap. X, pag. 235.

(*dn*) Besson, *Constitution de la Famille chez les kabyles et chez*

que entre los bogos y mareas, no se cuenta la población por cabezas sino por parentelas, de suerte que la sociedad política de aquellas tribus es un Estado de familias (*dñ*).

En todos estos pueblos, los hombres viven, como dice Dingelstedt de los kirguizes, en y para su tribu, e ignoran lo que es la responsabilidad individual. No es el inculpado sino todos los hombres de su tribu quienes deben prestar el juramento justificativo. No es el culpable sino la tribu entera quien debe pagar la multa. Cuando no se paga el precio de la sangre, no se mata necesariamente al asesino sino a cualquiera de su tribu. La tutela de las mujeres y de los niños no incumbe a tal o cual pariente sino a la tribu entera. Por tribus, no por cabezas, se reparten las contribuciones directas, y la propiedad individual casi no ha podido nacer agobiada por la propiedad colectiva (*do*).

En los tiempos primitivos, cuando todavía el Estado no se cura de reprimir la criminalidad ni las infracciones del derecho, no puede defender ni su persona, ni sus bienes el individuo que vive aislado con la pretensión de monopolizar una parte de la tierra, porque en el aislamiento no tiene ni defensores, ni auxiliares, ni vengadores. El extranjero, que no está incorporado en tribu alguna, vive de la mera tolerancia, siempre expuesto a los mayores peligros y atentados. De aquí viene que en todos los pueblos atrasados encontramos la tribu u otra agrupación análoga como base del derecho y de la organización social.

Laveleye observa que en Rusia, el municipio slavo, que en el fondo es una comunidad de consanguíneos, tiene el carácter jurídico de persona dotada de vida propia y acti-

---

les arabes algeriens, pag. 279 du *Bulletin de la Societe de Legislation Comparee*, de 1894.

Hanoteau et Letourneux, *La Kabilie*, t. II, Premiere Section, chap. II.

(*dñ*) Giraud-Teulon, *Origines du Mariage et de la Famille*, chap. XXXIII, pag. 468.

(*do*) Dingelstedt, *Le Régime Patriarchal des Kirghiz*, pag. 10.

Costa, *Introduccion a un Tratado de Politica*, pág. 245.

Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 310 et 311.

va; que es ella, no el individuo, quien existe para el derecho público; que en consecuencia corresponde a ella pagar los censos y los impuestos y prestar el servicio militar; y que en Java, como en la Slavia, corresponde al municipio colectivamente considerado el pago de los servicios personales y de los impuestos. Agrega el publicista belga que en la Edad Media los nobles favorecían la existencia de las comunidades domésticas porque mediante ellas aseguraban mejor el pago de los censos y de los impuestos (*dp*). Lo mismo sucede al presente en algunos Estados musulmanes: para los efectos de las exacciones fiscales, el gobierno musulmán favorece las comunidades porque prefiere entenderse con un grupo antes que con muchos individuos (*dq*).

En realidad, no hay pueblo alguno que llegado a cierto grado de su desarrollo, no funde espontáneamente su organización jurídica y política en agrupaciones de consanguíneos. En el antiguo Egipto, en la antigua Grecia, en la antigua Roma, en la Germania, en las Galias, en la India de nuestros días, el derecho civil se asemeja, según lo observa Sumner Maine, al derecho internacional porque no está dirigido a reglar las relaciones de hombre a hombre, sino a llenar los intersticios entre las agrupaciones de consanguíneos, que constituyen las unidades políticas. En respeto a esta base fundamental, la ley no obliga inmediatamente más que al patriarca como representante de la parentela, y solo por reflexión a los individuos que la componen. En respeto a la misma base, no existe el derecho de testar porque vinculados a la *gens* o a la familia todos los derechos y obligaciones, mientras ella subsiste ningún individuo puede disponer de los bienes ni por acto entre vivos, ni por causa de muerte. En la misma base se funda aquel régimen penal

(*dp*) Laveleye, *De la Propriété*, chap. II, pag. II, chap. IV, pag. 50, et chap. XIV, pag. 225.

(*dq*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 317 et 318.

que imperó en Israel y que impera en todos los pueblos atrasados, según el cual la culpa del delito y del daño no es individual sino colectiva, y merecen el castigo por igual tanto el autor como sus consanguíneos (*dr*).

Algunos pueblos de la Antigüedad aparecen desde los principios de la historia divididos en dos o más agrupaciones que se suponían de consanguíneos y que desempeñaban papeles muy diferentes. En Roma existieron la curia, la *gens* y la tribu; y en Atenas el *demos*, la *phratria* y la *phyla* (*rr*).

Prescindiendo de la curia, que no era sin duda más que una agrupación político-militar de ciudadanos, ¿qué diferencias había entre la *gens* y la tribu en Roma, entre el *demos* y la *phyla* en Grecia?

Los etnógrafos no andan muy acordes en este punto, y las definiciones que de una y otra agrupación han dado son tan vagas que por medio de ellas no siempre se acierta a clasificar las comunidades de consanguíneos que se ofrecen al estudio (*ds*).

Sin la menor pretensión de resolver el problema, creemos (y en este punto no hay mayor discordancia) que la *gens* y el *demos* fueron agrupaciones de consanguíneos que se suponían descendientes de un tronco común, que se distinguían por un nombre gentilicio, el cual era como un apellido, y que vivían bajo la autoridad de un cacique, patriarca o *pater-*

(*dr*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 119 et 159, et chap. VI, pag. 175 et 179.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. II, pag. 33 et chapitre V, pag. 86.

(*rr*) *Tribu* (dice Denys d'Halicarnase) c'est ce que nous exprimerions en grec par ces mots *Phylè* et *Trittys*, qui signifient une troisième partie du peuple, et le mot de *curie* se peut rendre en nôtre langue par *phratra* et *Lochos*, qui signifient une compagnie de soldat». Denys d'Halicarnase, *Antiquites Romaines*, t. II, liv. II, chap. III, pag. 10.

(*ds*) Saavedra, *El Ayllu*, pág. 88.

Starke, *La Famille Primitive*, pag. 10.

familiae. Es la que Giddings llama con propiedad agrupación *genética* o *clan* (*dt*).

Respecto de la tribu, (comprendida la *phyla*) nadie acertó nunca a definirla satisfactoriamente por la razón muy obvia que bajo de este nombre se conocen agrupaciones de muy diversa naturaleza.

En Roma y en Atenas el problema no ofrecía dificultades porque la organización y las funciones de estas comunidades habían sido fijadas por las leyes o las costumbres. Legalmente había dos diferencias esenciales entre las dos agrupaciones de cada uno de ambos pueblos: 1ª la *gens* y el *demos* se componían de individuos, los consanguíneos; la tribu se componía respectivamente de *gentes* y de *demos*; 2ª la *gens* y el *demos* servían de base al orden civil; la tribu a la organización política y administrativa. Pero en la ciencia no se ha logrado hasta hoy distinguir con la misma claridad la tribu.

A nuestro juicio, hay tribus políticas y tribus naturales, y de las naturales unas son *genéticas* o de consanguíneos, y otras *demóticas* o colecticias.

La tribu genética es una agrupación que posee colectiva-

(*dt*) Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 125, y cap. III, pág. 217.

Costa, *Introducción a un tratado de Política*, págs, 233 y 242.

Costa observa con mucha razón (ob. cit., págs. 234 y 235) que cuando en Roma desapareció el derecho gentilicio, se siguió usando la voz *gens*, *gentes* en el sentido de *nación*, *naciones* (de donde viene el Derecho de gentes). Por otra parte, como la iglesia católica llamaba despectivamente gentiles a los paganos, no se pudo seguir dando el nombre de *gens* ni el de *gentilidad* a las agrupaciones patriarcales, y en su lugar se empleó la palabra *familia*.

« La totalité des personnes composant une famille (dice Mommsen) tant hommes que femmes, es appelée *gens* chez les Romains Le membre isolé de la famille est appelée *gentilis;* et comme de *civis*, *civitas*, on a tiré de gentilis l'expression complexe *gentilitas*, synonyme de *gens*. Le terme primitif, dont l'origine est transparente, a pour fondement l'idée de génération ». Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VII, pag. 8

Lévy, *La Famille dans l'Antiquité Israélite*, pag. 89.

mente un territorio y se compone de *gentes* que a pesar de llevar nombres gentilicios diferentes, se suponen descender de un antepasado epómino común. La tribu demótica es una agrupación formada originariamente por una horda colecticia de aventureros que se asocian bajo la mano de un caudillo, que se distinguen con el nombre del jefe y que ocupan como comuneros un territorio determinado. Según Giddings, toda población se debe componer indispensablemente de elementos demóticos y genéticos (*du*).

Presumiblemente las tres tribus que en un principio integraron el pueblo romano y las cuatro que antes de Solón (*dv*) componían el pueblo ateniense fueron naturales; pero las tradiciones no dan luz para determinar si aquellas agrupaciones fueron de naturaleza genética o demótica.

Por último, las tribus políticas son aquellas que el Estado instituye a imitación de las naturales.

En la vida de todos aquellos pueblos cuyos orígenes se remontan a los tiempos prehistóricos, se distingue clara-

---

(*du*) Giddings. *Principios de Sociología.* lib. II. cap. I. págs. 130 y 139. y cap. III. págs. 206 y 217.

Costa, *Introducción a un Tratado de Política.* pág. 247. dice: « Era la tribu (entre los celtíberos) un agregado orgánico de clanes o gentilidades ».

Nadaillac dice que entre los indígenas de Guatemala « des Calpullis unis par les liens d'un territoire commun, de rites religieux communs, d'un langage commun, formait la tribu ». Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique.* chap. VI, pag. 314.

Según Sumner Maine, en Roma « le groupe élémentaire est la famille... L'aggrégation des familles forme la *gens* ou maison. L'aggregation des maisons est la tribu ». Sumner Maine, *L'Ancien Droit.* chap. V, pag. 121.

Respecto de la población incásica, dice Saavedra que « los *Ayllus*, agregando y congregándose por ciertos motivos étnicos y geográficos, especialmente por la guerra, formaron las comunidades de pueblo (marca) y las tribus ». Saavedra, *El Ayllu*, pág. 31.

En Israel, según Lévy, « la tribu est un groupe plus spécialement politique » et « le clan, par contre, offre un caractère nettement familial ». Lévy, *La Famille dans l'Antiquité Israélite.* pag. 72.

(*dv*) Aristóteles, *La République Athénienni.* § 8

mente un período de elaboración espontánea durante el cual las prácticas y las costumbres jurídicas se forman y se imponen por sí solas sin fuerza coercitiva, y un período de elaboración reflexiva, durante el cual el Estado crea e impone las instituciones y el derecho. Las tribus naturales se forman en el período de elaboración espontánea; las políticas, en el de elaboración reflexiva.

Cuando Servio Tulio repartió el pueblo de Roma en cuatro tribus (*dx*), y cuando Clístenes repartió en diez tribus el de Atenas (*dy*), es evidente que ambos legisladores tomaron la organización social como base de la organización política, si bien es de presumir que para formar estas agrupaciones artificiales, no pudieron respetar muy rigurosamente el principio de la consanguinidad ni el régimen del estatuto personal. Más adelante (§ 31), comprobaremos esta presunción.

§ 23. En los dos parágrafos que inmediatamente preceden, hemos visto aumentarse la población mediante la confederación o alianza perpetua de dos o más tribus.

Otro medio empleado espontáneamente por los Estados para aumentar sus poblaciones es el de la *naturalización*, acto por el cual se incorporan entre los ciudadanos, confiriéndoseles los derechos de tales, uno o más extranjeros.

La práctica de las naturalizaciones surte en el derecho público efectos análogos a los que la adopción surte en el derecho privado. Por la adopción, el individuo corta las relaciones jurídicas que le unen con su familia natural y los anuda con las del padre adoptante; y análogamente,

(*dx*) Aristóteles, ob. cit., § 21.

(*dy*) A poco de caer la monarquía se contaban en Roma cuatro tribus urbanas llamadas Palatina, Collina, Esquilina y Succusana, y 17 rurales denominadas Aemilia, Camilia, Claudia, Cornelia, Fabia, Gabria, Horatia, Lemonia, Menenia, Papiria, Pollia, Pupinia, Romilia, Sergia, Voltinia, Votuna y Clustumina, cuya fundación se atribuía a Servio Tulio y a otros reyes. El año 367 de R. se crearon cuatro más; otras dos el año 396; otras tantas el 422, dos también en 436, en 455 y en 513. Número total 35. Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VII, pag. 183 à 193. Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, pag. 184.

por la naturalización, el extranjero rompe los lazos que le ligan a su patria natal y se hace súbdito de un nuevo Estado.

Es éste un efecto jurídico que caracteriza a la naturalización y la distingue de las alianzas y confederaciones. Mientras en los casos de alianzas y confederaciones las tribus aliadas conservan su personalidad, en los de naturalización las naturalizadas la pierden disolviéndose en el seno de las adoptantes.

La historia y la etnografía ofrecen casos muy singulares de naturalización.

En una fecha que no podemos precisar, los iroqueses-lobos de Norte América fueron adoptados por los iroqueses falcones, y desde entonces el clan adoptado desapareció por completo en el seno del clan adoptante.

En la vida accidentada de los pueblos atrasados no es raro que se repita el caso de Alba, esto es, que después de lucha encarnizada, los vencedores naturalicen a los vencidos y que confundiéndose unos y otros en un solo cuerpo político, se extingan para siempre los odios y las disidencias.

De los charrúas, dicen los etnógrafos, que cuando los prisioneros de guerra se amoldaban a su modo de ser, «gozaban de la mayor libertad sin restricciones de ninguna clase, pues como no tenían gobierno ni leyes, todos eran iguales regulando sus acciones por la costumbre» (*dz*). En el fondo, lo que esto significa es que los prisioneros quedaban naturalizados.

Como quiera que en los primeros grados del desarrollo social la consanguinidad es el fundamento de la sociedad y del derecho, las naturalizaciones, las adopciones y por extensión las alianzas están, generalmente, sujetas a ciertas solemnidades que han sido instituidas con el ostensible propósito de asimilarse elementos extraños sin violar el princi-

(*dz*) Azara. *Descripcion e Historia del Paraguay y del Rio de la Plata*, t. I, cap. X, § 10.

Araujo. *Historia de los Charruas*, cap. XIII, pág. 77.

pio de la sangre (*ea*). Lo esencial de esas solemnidades consiste en que los extraños, en una u otra forma, se beben o se trasfunden recíprocamente la sangre, como para contraer por este medio pueril relaciones de consanguinidad.

Heródoto trae varios casos. Entre los lidios y los medas, dice, las ceremonias de la confederación vienen a ser las mismas que entre los griegos, y solo tienen de particular que haciéndose en los brazos una ligera incisión, se lamen mútuamente la sangre... La solemnidad en los contratos y alianzas de los escitas con cualquiera que los contraigan (dice más adelante) es la siguiente: colocan en medio una gran copa de barro, y en ella juntamente con vino mezclan la sangre de entrambos contrayentes que se sacan hiriéndose ligeramente el cuerpo con un cuchillo o con la espada. Después de esto... beben del vino ensangrentado así los actores principales de la confederación como las personas más respetables de su comitiva». El mismo uso tenían presumiblemente los árabes (*eb*).

De las mismas ceremonias se conservan recuerdos en las leyendas más antiguas de Irlanda y del norte de Europa, y por su generalidad, ellas ponen de relieve, dice Tylor, el gran principio moral del mundo primitivo, cual es que el hombre debe benevolencia, no a todo el género humano, sino a su sola parentela y que el modo de dar al extraño derecho a la buena fe y al efecto, es hacerlo pariente por vínculo de sangre (*ec*). Cuando los misioneros y exploradores se internan en países salvajes, por ejemplo, en el África Central, a menudo no encuentran, para evitar la hostilidad de los indígenas, otro medio que el de emparentarse con ellos merced a la comunión de la sangre. Stanley se

(*ea*) Lyall, *Moeurs de l'Extrême Orient*, chap. VII, pag. 348. Lévy, *La Famille dans l'Antiquité Israélite*, pag. 77.

(*eb*) Heródoto, *Los Nueve Libros*, lib. I, cap. LXXIV, lib. III, cap. VIII y lib. IV, cap. LXX.

(*ec*) Tylor, *Antropología*, cap. XVI, pág. 488.

captó muchas amistades por medio de este arbitrio (*ech*).

La naturalización tiene en los Estados primitivos mucho mayor importancia que en los más cultos, porque si en éstos solo se la emplea o para premiar servicios públicos prestados por los extranjeros o para fomentar el progreso nacional ofreciéndoles una sólida situación jurídica, en aquéllos se la emplea principalmente para llenar las bajas de la guerra y evitar que en un período de transitorio debilitamiento los vecinos enemigos se sientan tentados a la conquista por la debilidad de la presa.

Entre las naciones antiguas, ninguna hubo que no recurriese de vez en cuando a las naturalizaciones para aumentar su población, y en especial, después de guerras muy encarnizadas, para restablecer el equilibrio de las fuerzas; y se ha observado que entre las más prósperas se cuentan cabalmente aquéllas que más liberales se mostraron en la asimilación de elementos extraños.

Según Aristóteles, las tradiciones de su tiempo atestiguaban que los primeros reyes de Esparta habían recurrido, para remediar la escasez de hombres, al expediente de otorgar la ciudadanía a extranjeros; que en Apolonia y en Siracusa, la naturalización de extranjeros había provocado disensiones civiles, y que casi todos los gobiernos habían enrolado extranjeros una u otra vez en las filas de los ciudadanos (*ed*).

Por lo tocante a Roma, hubo tradiciones recogidas por los grandes historiadores que atribuían origen extranjero a

(*ech*) Stanley, *Le Continent Mysterieux*.

Es sabido que para la adopción doméstica se emplean también en los pueblos atrasados ceremonias simbólicas. Por ejemplo, entre los iberos, para que la adopción fuese eficaz, «érale forzoso materializarse mediante la imitación del hecho a que venía a sustituir: la mujer del adoptante simulaba un parto y el adoptado salía de entre las ropas del lecho, representando el papel de recién nacido, y desde aquel instante, aquellas personas quedaban ligadas por vínculos tan fuertes como los de la consanguinidad». Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 264

(*ed*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VI, § 12, liv. III, chap. III, § 4, et liv. VIII, chap. II, § II.

una de las tribus primitivas y recordaban el aumento de las *gentes*, hecho por uno de los primeros reyes con elementos demográficos extraños. Por otra parte, consta históricamente que en su prolongada carrera de conquistas llenó en más de una ocasión, mediante las naturalizaciones, las bajas que la guerra le hacía y pudo así mantener fijo y aun aumentar el número de sus combatientes. Ya al vencer a los albanos, probablemente después de porfiada lucha, había otorgado a los vencidos el privilegio de la ciudadanía romana y aun había dado asiento en el Senado a muchas familias nobles de la antigua metrópoli del Lacio.

Los Julios, los Quintilios, los Avelios, los Cloelios, etc., etc., célebres en la historia posterior de Roma, eran de origen albano, como lo prueba el hecho de que para conservar la memoria y el culto de sus antiguos lares mantenían siglos más tarde magníficos santuarios en el desierto solar donde en un tiempo se levantó prepotente la ciudad de Alba. Así mismo, en los siglos posteriores y sobre todo, después de las guerras más cruentas, Roma incorporó muchas veces en el Estado a numerosos súbditos italianos (*ee*), desde Julio César, aun a numerosos súbditos bárbaros, y en ocasiones a poblaciones enteras, hasta que el infame Antonio Caracalla, con miras interesadas, otorgó la ciudadanía romana a todos los súbditos del Imperio (*ef*).

En una palabra, dice Sumner Maine, sea que contemplemos los Estados griegos o el Estado romano, las aristocracias teutónicas del Ditmarsh o los clanes célticos, o las razas slavas de Rusia y de Polonia, por todas partes notamos que en un momento de su historia, hombres de origen

(*ee*) La ley Julia, dictada el año 90, antes de J. C. otorgó la ciudadanía romana a todas las ciudades itálicas. Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 312.

Tito Livio, *Décadas*. t. I, págs. 51, 57, etc.

(*ef*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. VII, pag. 124, t. II, liv. II, chap. VII, pag. 105 et t. V, chap. VII, pag. 32.

« In orbe romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini, cives romani effecti sunt ». *Digesto*, lib. I, tít. V, leg. XVII.

extraño han sido admitidos e incorporados en el seno de la sociedad primitiva (*eg*).

§ 24. En los primeros grados del desarrollo social, no puede tener la *inmigración* la importancia que ha tenido en el desarrollo de las poblaciones americanas.

La falta de caminos y de comercio internacional, los odios recíprocos de los pueblos, la inseguridad de los viajes, la carencia de posadas y medios de trasporte; las leyes restrictivas y a veces prohibitivas de la locomoción, radican a los hombres de las naciones más atrasadas en sus terruños y heredades, por manera que las traslaciones de un país a otro son muy raras, muy excepcionales, de carácter meramente individual. Acaso no vamos descaminados si decimos que en las sociedades salvajes, a diferencia de las semi-civilizadas y de las bárbaras, la inmigración si no es del todo nula, no aporta contingente apreciable al desarrollo de las poblaciones.

Por la inversa, históricamente consta haber existido pueblos agrícolas y sedentarios que estimulados al comercio por su situación geográfica, han abierto con liberalidad sus puertas a los extranjeros para que viniesen a mercar en el territorio nacional y a los nacionales para que fuesen a mercar en países extraños. No de otra manera se llenaron de elementos étnicos extraños la Fenicia, la Jonia, la Grecia, Cartago, etc. No de otra manera se fundaron en España, en la Galia, en el sur de Italia aquellas colonias de mercaderes que tanta actividad dieron en lo antiguo al comercio internacional de la hoya del Mediterráneo.

En la historia antigua encontramos que también algunos pueblos conquistadores abrieron sus puertas a la inmigración porque ella les aportaba un elemento social que dedicándose al trabajo y al comercio, les permitía aplicar toda su atención a la guerra sin gravarles con obligación alguna y porque en los casos de debilitamiento, les suministraba auxiliares que en resguardo de sus propios intereses, concurrían de buen grado a la defensa del Estado.

(*eg*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 122

Como quiera que en las sociedades atrasadas predomina la propiedad colectiva y se tienen por condóminos del territorio a todos los habitantes en su calidad de consanguíneos, es regla muy general que los extraños no puedan establecerse en él sino merced a permisos personales que de hecho sino de derecho les autoriza para incorporarse en la comunidad a cargo de que se sustenten con sus propios bienes o con el fruto de su trabajo.

De los araucanos, dice Guevara, que «nadie, ni a título de aliado, podía instalarse en el espacio de terreno de un grupo patriarcal sin la aceptación tácita de la comunidad y sin la declaración previa de pertenecer a ella»; y según la ley sálica, el forastero no podía incorporarse en una comuna sino con previo y unánime consentimiento de los miembros más antiguos de ella, y antes de contar un año de residencia, cualquier vecino podía oponerse a su admisión y provocar su expulsión (*eh*). En todos los pueblos atrasados rigen reglas, no precisamente iguales, pero sí análogas.

A diferencia de la naturalización, que convierte a los extraños en nacionales, la inmigración se concreta a incorporarles en el organismo industrial del Estado, dejándoles fuera del cuerpo político, sin cargas, pero también sin derechos, tolerados, pero no asimilados.

En las naciones de la Antigüedad, los hijos de inmigrantes nacidos en el territorio nacional heredaban la condición jurídica de sus padres, y a virtud del imperio del estatuto personal, los descendientes seguían viviendo fuera del cuadro del Estado hasta la última generación. En algunas naciones se formó, a la larga, con ellos una verdadera clase media que aun cuando estaba excluida de todos los beneficios, se distinguía de la de los esclavos en que vivía exenta de cargas serviles, y a pesar de esta exención, se diferenciaba de la de los amos en que no tenía parte en el go-

(*eh*) Roscher, *Économie Rurale*, § 71.
Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, XVII, pag. 405 et 406.
Guevara, *Psicología del pueblo Araucano*, cap. II, pág. 36.

bierno del Estado. Así parece haberse formado en Roma la clase de los plebeyos.

A los principios, el pueblo romano, que vivió recluído en la colina del Palatino, donde se han encontrado las ruinas de las más antiguas murallas de circunvalación urbana (*e i*), no estaba dividido en clases (*e j*) porque las tribus que lo constituyeron no se habían subyugado unas a otras sino que se habían asociado, según hemos visto, sobre el pie de la más perfecta igualdad (§ 21).

Terminadas las obras de fortificación, Roma hizo un llamamiento general a cuantos quisieran venir a trabajar y establecerse a la sombra de sus murallas; y acto continuo, tentados por las ventajas de su situacion comercial, afluyeron de toda Italia mercaderes y aventureros que fijaron su residencia en las colinas extra-murales del Quirinal y el Aventino. Según las tradiciones, Roma no devolvía ni el esclavo al amo, ni el deudor al acreedor, ni el asesino al juez, y daba amparo fuera del circuito urbano a todos los que se lo pedían (*e l*).

Con esta inmigración, se formó a extramuros una población colecticia mientras intra-muros se desarrollaba la genuina población romana. De las dos poblaciones, la una era de origen extraño y sin tradiciones domésticas, vivía entregada al comercio, no intervenía ni en la política, ni en la guerra, y ocupaba un suelo que no le pertenecía sino a título precario. La conocida máxima jurídica, *plebs gentem non habet*, deja adivinar el origen colecticio de esta población.

La otra sociedad era la que constituía el pueblo romano. A ella correspondía exclusivamente declarar y hacer la guerra, gobernar y administrar el Estado. El título de

(*e i*) Tito Livio, *Décadas de la Historia Romana*, t. I, págs. 18 y 23.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. IV, pag. 61 á 69.

(*e j*) Tito Livio, ob. cit., t. I, lib. 1, pág. 59.

(*e l*) Tito Livio, ob. cit., t. I, pág. 19.

quirites (porta-lanzas), con que siempre se distinguió a los patricios, denota que a los principios solo ellos habían cargado armas y que, por consiguiente, con arreglo al derecho político primitivo, solo ellos ejercían las funciones de ciudadanos. Si al emprender una expedición los generales invocaban a los dioses en favor del pueblo y de la plebe romana *(populo plebique romanae)*, era sin duda porque se tenía a la plebe por una entidad distinta del pueblo (*e m*).

Consta así mismo que en las distribuciones de los campos conquistados *(ager publicus)* a los enemigos no tenían parte más que los habitantes del Palatino. Las tradiciones recordaban, por ejemplo, un reparto de dos yugadas por cabeza, atribuído a Rómulo; pues bien, él no aprovechó sino a los solos ciudadanos, esto es, a los que más tarde se distinguieron con el apelativo nobiliario de patricios. Solo bajo el reinado de Servio Tulio, el rey demócrata, fueron incluídos por primera vez los plebeyos en una distribución agraria, dándoseles siete yugadas de tierra por cabeza; y solo en el año 298 de Roma, bajo la dictadura de los decenviros, se les dió la propiedad del Aventino, que hasta entonces habían ocupado a título precario; y todavía tuvieron que luchar esforzándose durante dos siglos más para conseguir que en el *agro público* se les diera parte proporcional a la de los patricios. Para acabar de probar la diversidad de origen de ambas poblaciones, bastará advertir que bajo la inspiración del estatuto personal, las más antiguas leyes de Roma prohibían los matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos así como las leyes mosaicas prohibían los matrimonios entre nacionales y extranjeros (*e n*).

Fustel de Coulanges ha observado que la separación de ambas clases es mayor cuando más remontamos a los orígenes de Roma. Tiene que ser así porque a los principios

(*e m*) Fustel de Coulanges, *Questions Historiques*, pag. 412.

(*e n*) Mommsen, *Droit Public Romain*, t. II, pag. 132.
Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. IV.

ellos constituían dos poblaciones regidas por diferentes estatutos (*eñ*).

La manera como los descendientes de la inmigración extranjera llegaron a constituir una clase y a incorporarse en el pueblo romano, consta palpablemente en la historia y en las tradiciones aun cuando no haya sido notada por los historiadores.

Mientras las dos poblaciones vivieron recíprocamente extrañas, la defensa del Estado, según lo hemos dicho, estuvo a cargo exclusivamente de los habitantes de Palatino, y correlativamente solo ellos tenían derecho a los beneficios públicos. Pero después de algún tiempo, cuando esta población fué diezmada por las continuas guerras, tuvo que gravar a la población adventicia con las cargas del impuesto y del servicio militar, justificadas por el amparo que Roma la prestaba.

A virtud de esta reforma atribuída por las tradiciones a Servio Tulio, aun cuando a la población extraña solo se la tomaba en cuenta para gravarla con cargas, quedaba de hecho incorporada en el Estado. En adelante podía ella exigir con toda justicia que se la diese participación en los beneficios del Estado, alegando que puesto que contribuía a la defensa de Roma y al aumento de su territorio, sería injustificable el que se la negase el derecho a intervenir en el gobierno y a participar de los arriendos de las tierras públicas. En los tiempos subsiguientes, que fueron de guerra perpetua y de lucha por la vida, el peligro común estrechó más fuertemente las relaciones entre ambas poblaciones.

§ 25. Por medio de las alianzas, de las naturalizaciones y de la inmigración, las poblaciones crecen en perfecto acuerdo con los elementos integrantes. En otras ocasiones la integración demográfica se opera, no en virtud de un común acuerdo, sino por obra de la fuerza.

Entre los karenses, pueblo que vive al norte de Siam, cada villorrio constituye un Estado independiente, y cada jefe es

(*eñ*) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique* liv. IV, chapitre I, pag. 272.

un príncipe soberano; pero de vez en cuando, dice Spencer, aparece un Napoleoncito que subyuga a varios de estos caciques y funda un imperio que se disuelve a la muerte del fundador. De los maganyas, pueblo africano, dice el mismo autor, que en otro tiempo estaban todos unidos bajo la mano de un solo jefe que los había sometido y agrega que cuando éste murió, las varias tribus subyugadas recobraron su independencia. Así mismo, los pequeños Estados independientes formados por tribus de Tschenus fueron en un tiempo reunidos bajo el cetro de Nimia Luquem, que tomó entonces el título de emperador del Congo (*eo*).

Hechos semejantes se han observado en otras partes de la tierra. Hacia la época del descubrimiento de las islas de Sandwich, había en ellas un rey que había sometido a su cetro varias tribus antes independientes; y casos análogos de sojuzgamiento y conquista se han registrado en Tahití, en Nueva Zelandia, y también entre los malgaches.

Merced igualmente al empleo de la fuerza, fué como aumentaron sus poblaciones todas las naciones civilizadas de nuestros días y todos los grandes Estados de la Antigüedad. Según Hallam, hubo a los principios en Bretaña siete reinos independientes, los cuales se unificaron bajo la hegemonía de uno solo, se emanciparon y separaron más tarde. y fueron por último amalgamados para siempre bajo la mano de Egberto, rey de Wessex. Así mismo, en la parte del territorio escandinávico, bañada por el Mar del Norte, imperaban a principios del siglo IX treinta reyes, uno de los cuales sometió a los otros y fundó, con una población relativamente considerable, el reino de Noruega (*ep*).

Respecto de la Antigüedad, la población del Imperio Faraónico se formó mediante la absorción de numerosas tribus indígenas por dos de ellas, las cuales concluyeron por unirse

(*eo*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 226 et 251. Hartmann, *Les Peuples de l'Afrique*, pag. 199.

(*ep*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, XIV, pag. 320. Hallam, *L'Europe au Moyen Age*, t. III, Première Partie, chap. VII, pag. 134.

y refundirse a perpetuidad en un solo cuerpo (*eq*). En Canaan, según las leyendas mosaicas, las doce tribus de Israel vivieron independientes durante varios siglos, unificadas ocasional e intermitentemente en casos de guerra bajo la mano de los dictadores llamados *jueces*, hasta que la de Judá impuso su hegemonía y una dinastía. Y de Grecia sabemos que los Estados de Atenas, de Esparta, de Tebas, etc., cuyas poblaciones se habían formado merced a la unión de varias tribus, fundaron y se disputaron sucesivamente la hegemonía general, si bien el pueblo helénico no se unificó sino bajo la mano amasadora de la reyecía macedónica y de la República romana.

Para el efecto de comprobar la doctrina, se podría prescindir de todos estos casos porque bastaría citar el de Roma. En la historia humana, no hay ejemplo de un acrecimiento demográfico tan inconmensurable, operado por obra de la fuerza. El pequeño núcleo de latinos que ocho o nueve siglos antes de la Era Cristiana vivía holgadamente en la colina del Palatino acechando los movimientos de las tribus circunvecinas, establecidas a no más de cinco o seis millas de distancia, constituía en los tiempos de Augusto una población heterogénea compuesta de no menos de 100.000.000 de individuos de todas las razas. Que muchos de los pueblos que la integraban se habían unido a los romanos por alianzas, es cosa sabida. Pero también se sabe que la mayor parte no se incorporó en el Estado romano sino después de pasar bajo el yugo y que antes de la asimilación jurídica operada por el Imperio, la coerción y la dependencia eran tan generales que apenas se distinguían los aliados de los tributarios vencidos.

§ 26. Cuando el acrecimiento demográfico se opera en los pueblos atrasados mediante la fuerza, da origen a una organización social y a un sistema político que traen consigo una diversificación de funciones, muy digna de estudio.

De las observaciones de los viajeros, se infiere que en la

(*eq*) Meyer, *Historia del Antiguo Egipto*, cap. IV, pág. 147, tomo I de la *Historia Universal* de Oncken.

mayor parte de los pueblos salvajes, donde resaltan sobremanera ciertas diferencias personales, no las hay de carácter social o jurídico, fundadas en la riqueza o en la sangre.

Según Azara, entre los guanas del Paraguay, entre los charrúas del Uruguay y entre los minuanes del norte del Paraná, no se conocían ni las diferencias de clases ni las de fortuna (*e r*).

Así mismo, según Nordenskiold, en las tribus de los chorotis y de los ashluslayos del Chaco no hay ni diferencias de clases ni distinciones de ricos y pobres. « Todos somos hermanos », dicen ellos para significar que todos son iguales (*e s*).

Con referencia a los kirguizes, dice Dingelstedt, que no tienen clases sociales propiamente tales y con referencia a ciertos indígenas de Australia, dice Letourneau, que no conocen más distinciones que las fundadas en las cualidades personales, la fuerza, la astucia, los poderes mágicos (*e t*).

Mientras en las sociedades civilizadas el régimen de la igualdad es efecto del predominio del estatuto territorial, en las más atrasadas es impuesto: 1° por la propiedad colectiva, que repugna las diferencias de fortuna; 2° por el estatuto personal que repeliendo los elementos étnicos extraños, mantiene la homogeneidad de la población; y 3° como consecuencia del absoluto predominio del estatuto personal, por la inhumana práctica de inmolar implacablemente a los prisioneros. Bajo de este respecto, las clases sociales, fundadas por un lado, en la institución de la propiedad doméstica, y por otro, en una recíproca tolerancia de elementos demográficos heterogéneos, suponen que la cultura general ha alcanzado cierto grado de desenvolvimiento. ¿Cuál es, pues, su origen?

(*e r*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 18, 29 y 82.

(*e s*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 31.

(*e t*) Dingelstedt, *Le Régime Patriarchal des Kirghiz*. pag. 9. Letourneau, *De la Propriété*, pag, 35.

Según Bluntschli, las castas de la India eran designadas en tiempos antiguos con el nombre de *varna*, esto es, *color;* lo cual deja entender que originariamente ellas tenían por fundamento la diversidad de razas. Esta presunción está confirmada por la diversidad étnica de las castas, porque mientras en las superiores predomina la raza blanca, una gradación insensible nos hace llegar hasta la más pura raza negra, que predomina en las inferiores (*eu*).

Análogamente, en la composición social del antiguo Egipto, encontramos que las clases superiores, fundadoras de la primera civilización de la hoya del Nilo, pertenecían a una raza blanca originaria del Asia central; y las inferiores de los siervos y de los esclavos, a una raza de color, presumiblemente indígena.

El mismo fenómeno de la estática social se ha observado en algunas sociedades salvajes de nuestros días. Entre los kirguizes, que no tienen clases sociales, se distinguen los hombres de *hueso blanco*, que se suponen descendientes de los antiguos khanes, y los hombres de *hueso negro*, que ceden a los primeros todos los puestos de honor y preeminencia (*ev*). Así mismo, en las islas de Sandwich, según Freycinet, la clase de los caciques parece pertenecer a una raza superior por su talla, por su fuerza y por su inteligen-

(*eu*) Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, liv. II, chap. VII

Debemos observar con Sumner Maine que las cuatro castas fundamentales de que se habla en todas las obras relativas a la India, no existen sino en los libros sagrados de aquella sociedad. La división de la sociedad indú en capas horizontales, perfectamente definidas, no existe al presente ni es probable que haya existido nunca. No hay más que una casta verdaderamente universal, la de los brahmanes, y aun éstos están divididos y clasificados según su profesión o domicilio, forman varias centenas de castas y se encuentran ocupando el puesto de altanero pontífice de Benares o de humilde cultivador de papas en Orisa, de limosnero en los caminos y de cocinero en las ciudades. En principio se dividen ellos en 10 grandes *septs*, y el solo *sept* del norte en el Pandjab no cuenta menos de 469 clases. Sumner Maine, *Etudes sur l'Histoire du Droit*, pag. 286 et 287.

(*ev*) Dingelstedt, *Le Régime Patriarcal des Kirghiz*, pag. 9

cia a la del resto de la población (*ex*). De las islas de Haway, dice Du Petit-Thouars, que los jefes y sus familias forman una verdadera aristocracia perteneciente a una raza diferente de la de los kanakas porque son más negros, más grandes y más fornidos (*ey*). El mismo navegante nos atestigua que « en Nueva Zelandia, así como en toda la Polinesia, dice, los jefes parecen ser de origen diferente del de los demás indígenas, porque en general son más negros y mucho más corpulentos (*ez*).

Estos hechos manifiestan por sí solos que en los primeros grados del desarrollo político, cuando un pueblo es sojuzgado por otro, no se justaponen para quedar en un pie de igualdad ni se suman para formar una masa homogénea, sino que el uno se superpone al otro y ambos forman dos capas diferentes de la sociedad, la superior de los vencedores, cargada de privilegios, y la inferior de los vencidos, despojada de todos los derechos y condenada al trabajo. Es un mero efecto del imperio del estatuto personal (*fa*).

Que tal es el origen principal de las clases desheredadas es un hecho que se puede comprobar fácilmente. En Nueva Zelandia, dice Du Petit-Thouars, los vencedores salvan de la muerte a sus prisioneros de uno y otro sexo, a las mujeres para esposas y a los varones para esclavos (*fb*). En la antigua Asiria, según Lenormant, los esclavos se reclutaban principalmente en la guerra y eran muy estimados como operarios en la construcción de las obras públicas (*fc*).

Los romanos, dice Dionisio de Halicarnaso, adquirían sus esclavos por medios muy legítimos : o bien con permiso

(*ex*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 570.

(*ey*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. I, chap. VIII, pag. 386 et 387.

(*ez*) Du Petit-Thouars, ob. cit., t. III, chap. XVII, pag. 39.

(*fa*) Gidings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I, pág. 136.

(*fb*) Lenormant et Babelón, *Histoire Ancienne de l'Orient*, t. V, liv. VI, chap. I, § 6, pag. 89.

(*fc*) Du Petit-Thouars, ob. cit., t. III, chap. XVII, pag. 127.

del general, guardando para sí en calidad de tales a los enemigos apresados en la guerra, o bien comprando a la República los prisioneros que constituían parte principal del botín de la victoria y que se vendían en pública subasta (*fd*).

En Canaán, no obstante la inhumana barbarie con que los israelitas se empeñaron, por órdenes terminantes de Jehová, en exterminar hasta el último vástago de la raza indígena, hubo algunos pueblos que anticipándose a ofrecerles su sumisión incondicional, calmaron la ira salvaje del conquistador, y reducidos a perpetua servidumbre, conservaron la vida en cambio de la libertad.

De la misma manera, la conquista de Grecia por los dorios quitó toda ingerencia en el gobierno y redujo a condición servil a la raza indígena de los jonios. Los *perioecas*, que aparecen más tarde en la historia de los Estados helénicos, eran siervos tributarios que cultivaban los campos y que pertenecían a la raza sojuzgada (*fe*).

De estos hechos se infiere que los esclavos y los siervos son originariamente prisioneros de guerra a quienes el vencedor perdona la vida para formar clases serviles y trabajadoras que le permitan dedicarse por completo a la política y a las armas. Donde el vencedor no se siente animado por este incentivo mata implacablemente a los prisioneros (*ff*).

La superposición de los vencedores sobre los vencidos

(*fd*) Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. III, liv. IV, chap. V, pág. 61.

(*fe*) Herzberg, *Historia de Grecia y Roma*, pág. 22, tomo II de la *Historia Universal* de Oncken.

(*ff*) Por ejemplo, entre los antiguos indígenas de Chile. Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXI, pág. 128.

Roscher, *Economie Politique Rurale*, liv. I, chap. I, § 8.

Entre los albayas del Paraguay, según Azara, era costumbre matar a todo enemigo adulto y conservar a las mujeres y a los muchachos para esclavos. Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 97.

explica satisfactoriamente la formación de una clase superior que queda gozando del monopolio del gobierno y de una clase inferior que queda condenada al trabajo, pero no explica la formación de la clase media que en los Estados antiguos y medioevales integraba la organización social. ¿Cuál es su origen?

Si la plebe romana se formó presumiblemente por los descendientes de los primeros inmigrantes, no hay datos que nos autoricen para atribuir orígenes análogos a las clases medias de los demás Estados. Averiguar los orígenes de las clases medias es para nosotros uno de los problemas más obscuros de la historia social de los pueblos.

Sin que alentemos la pretensión de resolverlo, insinuaremos algunas observaciones que a nuestro juicio dan alguna luz: 1ª que en todo caso las clases sociales son frutos del imperio combinado del estatuto personal y de la fuerza (no siempre la fuerza militar), como lo dejan colegir su superposición y sus diferencias jurídicas; 2ª que dada la repugnancia del hombre salvaje al trabajo, la clase servil no puede formarse originariamente sino por prisioneros de guerra condenados a la esclavitud; 3ª que dados los múltiples privilegios, y sobre todo el del mando que originariamente corresponden a la aristocracia, esta clase se ha de formar por la población vencedora que queda explotando a la población vencida, y 4ª que la clase media, compuesta a los principios de hombres libres, pero sin derechos políticos, puede haberse derivado en muchos casos de aquella parte de las poblaciones conquistadas que por no haber sido sorprendida con las armas en la mano, no fué reducida ni a la cautividad, ni a la esclavitud. En comprobación recordemos que la aristocracia medioeval fué formada principalmente por los bárbaros invasores y que la burguesía fué formada casi exclusivamente por la población romana de las ciudades que se habían sometido sin combatir.

La organización de la sociedad en clases, tan impopular en los Estados democráticos de nuestros días, es originariamente un progreso de suma trascendencia porque no

solo humaniza la guerra, interesando a los vencedores en la conservación de la vida de sus prisioneros, sino también trae consigo tanto en el orden económico como en el político una diversificación de funciones que da fuerte impulso al desarrollo de la sociedad y del Estado (*fg*).

No obstante estos beneficios, como quiera que no puede haber clases sociales sin privilegios y sin exclusiones, esta organización se forma condenada a resistir los ataques permanentes de los desheredados, por manera que entre las luchas políticas más largas de la historia se cuentan las que se han trabado entre el privilegio y la igualdad.

(*fg*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. V, LIIIe leçon, pag. 133.

CAPÍTULO TERCERO

El Territorio

SUMARIO. — § 27. El Territorio. — § 28. Confinación de los nómades en comarcas determinadas. — § 29. Causas de la radicación de los pueblos nómades. — § 30. La propiedad y la soberanía. — § 31. El estatuto real. — § 32. Las lindes territoriales. — § 33. Las divisiones territoriales. — § 34. Influjo del territorio en la población y en el Estado. — § 35. El Territorio de Chile.

§ 27. I. En el precedente capítulo, hemos estudiado la población en sí misma, sin tener mucha cuenta del medio físico donde se desarrolla. Pero dado el carácter sedentario de la cuasi totalidad de las instituciones del Estado, es claro que ninguna población puede llegar a constituirse políticamente si no ocupa a firme y por derecho propio una porción del globo terrestre que la sirva de asiento y domicilio.

Aquella porción del globo terrestre donde vive un pueblo con personalidad internacional, o sea, donde él ejerce las prerrogativas inherentes a la soberanía es lo que las ciencias políticas llaman *Territorio* (*a*).

De dos maneras ejerce su imperio la soberanía territorial: en lo exterior, de una manera *negativa*, en cuanto está prohibido a todo poder extraño ejecutar allí actos de dominación sin consentimiento del Estado; y en lo interior, de una

(*a*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. I, pag. 661 e t. II, pag. 681.

Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII.

Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. IV, chap. IV, pag. 216.

manera *positiva*, en cuanto están sometidas a la jurisdicción de las autoridades públicas todas las personas que se encuentran dentro del perímetro del territorio (*b*).

Como lo observa Sumner Maine, la noción aparentemente tan simple de la soberanía territorial no ha entrado en las ciencias políticas y en el espíritu de los pueblos sino con mucho trabajo y en hora muy tardía (*c*). Por causa del imperio que el estatuto personal ejerce en los primeros grados del desenvolvimiento político, las sociedades atrasadas aplican sus reglas jurídicas independientemente del domicilio, creen que el Estado no necesita de un territorio para ejercer su acción, y no pueden elevarse a la noción de la soberanía territorial porque es para ellas incomprensible el que una misma ley rija a individuos de sangre extraña sin que medie acuerdo, naturalización o conquista, por el solo hecho de que unos y otros vivan en un mismo país. En fuerza del hábito, que en materias especulativas se confunde con la inercia mental, éstas que propiamente no son teorías o doctrinas sino simples maneras de ver, se han impuesto y perpetuado a lo largo de la historia casi hasta los tiempos modernos. Acaso más que las lucubraciones de los publicistas y jurisconsultos, han sido las grandes guerras nacionales, provocadas por el aparente antagonismo de los intereses comerciales, las que despertando en los pueblos el sentimiento *patrio*, como algo más complejo que el sentimiento *nacional*, les han llevado a fortificar el principio de la soberanía territorial en resguardo y defensa de dichos intereses.

Entre todas las sociedades que existen o pueden existir, la del Estado es la única cuya existencia está vinculada a la dominación de un territorio.

La familia, las religiones, las compañías civiles y comerciales, pueden vivir todas juntas en un mismo suelo y pueden prosperar y cumplir sus fines sin ejercer imperio ni sobre un

(*b*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag. 17.

(*c*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. IV, pag. 98.

pequeño terruño. Pero el Estado no puede cumplir los suyos, ni prosperar si no posee exclusivamente un territorio que aun cuando no esté sujeto a su *dominio*, lo esté a su *dominación*. Mientras el pueblo lleva vida nómade, la cohesión política tiene que ser muy floja; la sociedad no pasa del estado de simple agrupación, siempre dispuesta a fraccionarse; la autoridad carece de los medios más elementales de coerción, y por falta de base firme, la organización política se mantiene en equilibrio inestable. Si los gobiernos, según veremos (§ 65), tienen a los principios carácter ocasional e intermitente, es porque no pudiendo el Estado cumplir integralmente sus fines en semejantes condiciones, fracasan una y más veces las tentativas que hace para formarse y perpetuarse. Cuando Fray Nino atestigua no ser raro entre los chiriguanos de Bolivia que multitudes más o menos grandes de indios se alejen del caserío para escapar de la ira de algún cacique, deja constancia de un hecho que prueba la impotencia del Estado para imponerse coercitivamente (*d*).

Bluntschli observa que aunque vivan gobernados por jefes y regidos por ciertos principios jurídicos, los pueblos nómades no cumplen con todas las condiciones fundamentales de la existencia del Estado porque él no acaba de constituirse mientras no fija su residencia definitiva. Aquellos pueblos que en la época de las grandes migraciones abandonaban su propio territorio para conquistar otro pasaban accidentalmente por un período de peligrosa transición, porque el Estado antiguo suspendía su existencia antes de que empezara el nuevo y durante todo ese tiempo, quedaba roto el lazo territorial, no manteniéndose la cohesión social sino en fuerza del lazo personal (*e*).

(*d*) Vallaux, *Le Sol et l'État*, chap. II, § 9, pag. 35.

Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag, 19 et 20.

Roscher, *Économie Politique Rurale*, liv. I, chap. II, § 14.

Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. III, pág. 121.

(*e*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. I. chap. I, pag. 12.

A la inversa, el establecimiento a firme de un pueblo en un territorio cualquiera surte en seguida el efecto de estrechar la cohesión social poniendo a todos los ciudadanos en la precisión de vivir los unos al lado de los otros, creando peligros y necesidades comunes a que nadie puede escapar sino mediante la ayuda recíproca, y especializando las labores industriales en términos que ninguno pueda bastarse a sí mismo (*f*).

Giraud Teulon y Paul Gide hacen notar con mucha perspicacia que uno de los adelantamientos más importantes de la humanidad es la transición de la vida nómada a la sedentaria, porque merced a él se forma un estado social en que se hace posible el nacimiento de la propiedad y de la familia. Prescindiendo de la propiedad inmueble, cuya existencia es incompatible con la vida nómada, la más somera observación nos hace ver que el hogar, las costumbres domésticas y las formas superiores del matrimonio solo pueden nacer y prosperar en un estado sedentario que al crear la unión material de los individuos de cada familia, despierte entre ellos los sentimientos afectivos que forman la unión moral. No andaban descaminadas aquellas antiguas tradiciones que atribuían a unos mismos héroes la invención de la agricultura y la institución del matrimonio, a Cécrope en Atenas, a Odin entre los germanos, a Fohi en Oriente. En Roma, la diosa Céres de la agricultura, presidía las ceremonias nupciales y castigaba las infidelidades y los divorcios. Y esto se explica porque cuando el hombre se radica en un punto y traza los lindes de su predio y construye su casa, no crea para sí solo un establecimiento que ha de durar más que él; lo crea para sus hijos y para su posteridad, echando así los fundamentos externos de una familia (*g*).

(*f*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. III, cap. III, § 2, pág. 117, y cap. V, § 4, pág. 150.

(*g*) Paul Gide, *La Femme*, liv. I, chap. I, pag. 24.

Giraud-Teulon, *Origines du Mariage et de la Famille*, chap. XVII, pag. 352.

Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*, chap. III, pág. 137.

Así, pues, la sociedad que todos los hombres constituyen en fuerza de su inevitable residencia en el globo terrestre se estrecha sobre manera entre los de cada Estado en fuerza de la convivencia que la ocupación de un territorio limitado les impone (*h*). Es esta adherencia una de las circunstancias más fundamentales que permiten al jefe ocasional de la tribu asumir sin peligro de fraccionamiento social el carácter de jefe permanente. Es ella la fuerza que al crear intereses que arraigan al hombre en un lugar determinado, retiene a los descontentos y les impide escapar al imperio coercitivo del Estado. Por consiguiente, la territorialidad forma parte integrante del Estado, en tales términos que según lo observa Jellinek, cuando se viola un territorio, propiamente no se perturba el derecho de propiedad, sino que se vulnera la personalidad misma del Estado (*i*).

II. Para que el territorio sirva de asiento al Estado, no se necesita en las sociedades civilizadas que sea *continuo*.

En los tiempos antiguos, cuando no se conocía ni el vapor ni la brújula, cuando las naves ordinariamente no se aventuraban ni muy lejos de la costa ni muy afuera de los mares, la continuidad del territorio era indispensable para mantener la unidad del Estado. Cuando para subyugar y dominar a pueblos enemigos que vivían a larga distancia absorbían los romanos a los pueblos pacíficos y aun aliados que encontraban en el camino, los hábiles conquistadores del mundo no hacían más que someterse por instinto político al principio, entonces ineludible, de la continuidad territorial.

En los tiempos modernos, ha perdido mucha parte de su valor esta garantía de seguridad que el Estado antiguo tanto apreciaba. Merced al descubrimiento de la brújula y al empleo del vapor como fuerza motriz de los ferrocarriles y

---

(*h*) Comte, *Système de politique positive*, t. II, chap. V, pag. 285.

(*i*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag. 22.

las naves, hoy es posible administrar, gobernar y defender un territorio tan discontinuo como el del Imperio Británico (*j*).

Empero, si el vapor y la brújula han hecho posible el territorio discontinuo, la base de la continuidad territorial conserva todas sus ventajas. En los territorios continuos, son más fáciles y menos costosos el gobierno, la administración y la defensa; la unidad del espíritu nacional se forma y se conserva con mayor facilidad, y el Estado está mejor garantido contra las veleidades de independencia de las regiones más alejadas de la Capital.

III. Tanto bajo el respecto económico como bajo el respecto político, los países son o *dependientes* o *independientes.*

Bajo el respecto económico, son dependientes aquellos países cuya producción no basta al consumo necesario de sus habitantes aun cuando con sus riquezas naturales e industriales puedan procurarse en el exterior cuanto han menester. Los demás son independientes (*l*).

En rigor no hay entre los Estados cultos ninguno que bajo el respecto económico sea absolutamente independiente porque el aumento de necesidades que la civilización trae consigo los ha puesto a todos en el caso de tener que recurrir unos a otros para satisfacerlas. Pero se reserva el nombre de dependientes para aquellos que tienen que adquirir, fuera del territorio nacional, las cosas necesarias a la vida y que en caso de riguroso bloqueo, quedarían expuestos al peligro de no alcanzar a subsistir con los propios recursos. Bajo este respecto, algunas de las más poderosas naciones de la tierra, que necesitan salitre para que no disminuya su producción agrícola, están bajo la fatal dependencia de Chile; y por el contrario, nuestras riquísimas provincias de Tarapacá y Antofagasta dependen tan absoluta-

(*j*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 141.

(*l*) Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. V, § I.

mente del resto del mundo que en el caso de un doble bloqueo por mar y por tierra, estarían expuestos a perecer todos sus habitantes con sus inagotables riquezas.

Bajo el respecto militar, son dependientes aquellos países abiertos que no tienen defensas naturales y cuyas fronteras son fácilmente franqueables. En ellos, la administración pública tiene que aplicar gran parte de su atención, de sus esfuerzos y de sus recursos a construir baluartes de defensa para prevenir los ataques exteriores. Por el contrario, en los países militarmente independientes, la administración puede dedicarse a otras tareas, cierta de que las cordilleras, los mares, los desiertos, las selvas impenetrables son garantías naturales contra todo ataque sorpresivo (*m*).

Por de contado, los baluartes naturales no bastan. En todo caso y en todas partes, corresponde principalmente al pueblo la responsabilidad de la suerte y de la vida del Estado. A un pueblo degenerado, corrompido, ingobernable y sin patriotismo, no le valdría, para mantener su independencia, el nudo inextricable de los Alpes. Un pueblo disciplinado, laborioso y patriota ha podido fundar un Estado próspero y vigoroso en la llanura estéril, arenosa e indefensa del Brandeburgo (*n*).

IV. Como quiera que bajo el respecto físico no hay Estado alguno que sea exactamente igual a otro, cada territorio impone deberes especiales a la administración y al gobierno.

El territorio quebrado facilita las divisiones territoriales, pero dificulta la viabilidad. El territorio marítimo de costas abruptas expuestas a los vientos y a las rompientes, no permite la apertura de puertos, pero constituye un baluarte natural contra las invasiones navales. El territorio aislado por montañas difícilmente transitables entorpece las relaciones comerciales, pero a la vez dificulta las guerras. En una palabra, bajo de muchos respectos, la naturaleza del terri-

---

(*m*) Aristóteles, *La Politique,* liv. IV, chap. V, § 2.

(*n*) Vallaux, *Le Sol et l'État.* § 27 et § 40.

torio está estrechamente relacionada con la administración y el gobierno del Estado (*ñ*).

Para determinar los deberes que un territorio cualquiera impone al Estado, es indispensable estudiarlo bajo todos sus aspectos. Con este propósito se instituyen oficinas de hidrografía a efecto de estudiar sus costas, sus mares y sus corrientes; oficinas de geografía y topografía a efecto de estudiar su configuración, sus cadenas de montañas y sus climas; oficinas de geología y mineralogía, a efecto de estudiar la naturaleza de su suelo y sus riquezas subterráneas; y oficinas de cartas catastrales, a efecto de empadronar sus propiedades inmuebles con determinación de su capacidad productiva. « Se comprende (observó Strabon) que aquellos gobernantes regirán mejor el Estado que mejor conozcan la extensión y la situación exacta del país, las variedades de su clima y la naturaleza de su suelo » (*o*).

Merced a tal estudio, la población puede no solo administrar mejor el territorio sino también dominarlo mejor. Si el conocimiento de las condiciones físicas del país permite trazar con mayor acierto las divisiones territoriales, y los planes de viabilidad, y los sistemas de defensa, y la ubicación de las ciudades y de los puertos, etc., etc.; el mismo conocimiento permite aprovechar las riquezas naturales, implantar nuevos cultivos, extender la navegación fluvial, reemplazar el carbón de piedra y la fuerza humana por la fuerza hidráulica, y la fuerza hidráulica por la electricidad, formar represas para almacenar el líquido fecundante, habilitar campos estériles para la agricultura, etc., etc. (*p*).

La historia de cada pueblo industrioso no es, en el fondo, más que la historia del creciente predominio del hombre sobre la naturaleza, por manera que con el desarrollo de la civilización se va amenguando de día en día la importancia

(*ñ*) Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, tit. II, pag. 133.

(*o*) Strabon, *Géographie*, t. I, liv. I, chap. I, § 16.

(*p*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 681.

de las condiciones físicas como factor de la vida del Estado (*q*). Decisivas en los pueblos más atrasados, que no conocen los medios artificiales de producción y de defensa, ejercen influencia muy secundaria en la vida de los Estados más cultos. Durante larguísimos siglos de la historia y sobre todo, de la prehistoria, la Europa, que no es más que una península, una prolongación, un apéndice del Asia, fué víctima permanente de las hordas y de las invasiones orientales. Mas, desde la gloriosa batalla de Lepanto hasta la guerra balcánica de 1912-1913, la civilización ha venido reaccionando en contra de la obra histórica de reversión hacia la barbarie y hacia el despotismo asiático que las condiciones físicas y geográficas habían sucesivamente favorecido.

§ 28. Si las sociedades primitivas llevasen, en realidad, vida absolutamente nómade, vagando sin cesar por todos los ámbitos de la tierra, de este hecho sería fuerza inferir que ellas carecen en absoluto de territorio. Pero no pasan así las cosas, porque en un estado de tan absoluta vagabundería, nunca se encontró tribu alguna en parte alguna del globo. Lo que la etnógrafía nos enseña es, al contrario, que los pueblos más salvajes de la tierra viven confinados en territorios circunscritos y que si en ellos vagan de comarca en comarca tras de la caza y de la pesca, nunca traspasan los límites fronterizos, sino en los casos de guerras ofensivas.

En Norte América, según Engels, antes de la invasión inglesa, cada tribu poseía en común un territorio donde residía y otro que reservaba para la caza, dejando alrededor de ellos una faja neutral que los aislaba de las tribus circunvecinas (*r*); y análogamente, entre los araucanos, según Gue-

(*q*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, tit. II, pag. 136.

Freeman, *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*, pag. 11 a 17.

(*r*) Engels. *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, cap. III, pág. 161. Véase también, Julius Caesar, *De Bello Gallico*, lib. IV, cap. I y lib. VI, cap. V.

Starcke, *La Famille Primitive*, pag. 27.

vara, el distrito de cada cacicazgo «tenía nombre propio y fronteras determinadas que lo separaban de los otros» (*s*).

No obstante la absoluta falta de comunicaciones entre las sociedades salvajes de los diferentes países, como si todos se hubiesen puesto de acuerdo, arreglos semejantes se encuentran en todas partes. Darwin atestigua que entre los fueguinos los grupos mayores se dividen en grupos menores, los cuales se confinan en territorios separados por desiertos (*t*). Así mismo, al tiempo del descubrimiento de Tasmania (1643), cada tribu ocupaba un territorio de caza donde los extraños no podían penetrar sin exponerse a ser repelidos por la fuerza (*u*).

Como en Tasmania, las tribus indígenas de Australia antes de la invasión inglesa ocupaban sendos territorios, de no más de 15 a 20 millas de diámetro; y en aquel estrecho círculo, se llevaba cada una yendo y viniendo de aquí para allá sin romperlo nunca (*v*).

De los Kirguizes, pueblos pastores que viven al oriente de la Rusia europea, dice Dingelstedt que ocupan un territorio cinco veces más grande que el de Francia; que en busca de pasto para sus ganados, bajan en el invierno al sur y suben en el verano al norte; y que cada tribu se supone dueña de las comarcas que están en línea recta de norte a sur, por manera que los extraños no podrían disfrutarlas sin pedirles permiso y sin pagarles derechos (*x*).

En esta pretensión de reservar a una tribu el goce exclusivo de cada comarca, están a nuestro juicio los orígenes del territorio del Estado; y podríamos citar innumerables hechos que lo comprueban.

(*s*) Guevara, *Psicología del Pueblo Araucano*, cap. II, pag. 36.

(*t*) Darwin, *Voyage d'un Naturaliste*, pag. 232, et 237.

(*u*) Letourneau, *De la Propriete*, pag. 35.

(*v*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 733.
Gibbon, *Histoire de la Decadence de l'Empire Romain*, t. I, chapitre XXVI, pag. 612.

(*x*) Dingelstedt, *Le Regime Patriarchal des Kirghiz*, pag. 24, et 63.

Hay en la *Biblia* un pasaje donde aparecen disputando por una comarca los pastores de Lot con los de Abraham (*y*). Esta leyenda refleja muy bien aquel estado social en que empieza la apropiación colectiva de la tierra y la formación consiguiente del territorio. Cuando Strabon nos cuenta que la causa más frecuente de guerra entre los trogloditas era la posesión de las pastadas, asevera un hecho que sin necesidad de su testimonio podíamos presumirlo porque día a día e inevitablemente se repite entre las tribus pastoras tanto como entre las cazadoras. En el continente australiano (dice Starcke), ningún extranjero penetra de propia autoridad en el distrito de una tribu extraña, sin exponerse a ser repelido con la mayor severidad; y en la antigua Nicaragua, según Herrera, los indígenas «tenían guerra sobre los términos». El mismo Herrera dice que en la provincia de Pocorosa, al norte de Nueva Granada, los caciques «siempre andaban en guerras por las pesquerías, sementeras y confines», y que entre los chichemecas, cada nación o tribu poseía en propiedad tierras bien demarcadas que defendía a mano armada contra los extraños que pretendían cazar en ellas (*z*).

En el Brasil, dice Tylor, cada tribu tiene sus fronteras señaladas con rocas, árboles, corrientes y linderos artificiales, y el traspasarlos en persecución de la caza se tuvo siempre por acto tan grave que el invasor sorprendido, sólo por la fuga podía escapar de la muerte (*a a*).

Cuando Du Petit-Thouars visitó, en 1836, la Alta California, las tribus indígenas vivían errantes de aquí para allá, «pero sin salir nunca de los respectivos distritos, cuyos lí-

---

(*y*) *Génesis*, cap. XIII, § 5 a 12.

(*z*) Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década II, lib. III, cáp. V. pág. 316, t. II, Década III, cap. VII, pág. 104 y t. IV, Década VIII, lib. VI, cap. XV, pág. 327.

Starcke, *La Famille Primitive*, pag. 18.

Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVI, chap. IV, § 17.

Bunge, *Historia del Derecho Argentino*, t. I, pág. 101.

(*a a*) Tylor, *Antropología*, cap. XVI, pág. 495.

mites objetados de continuo por las vecinas, eran causas de frecuentes guerras » (*a b*).

Que los pueblos atrasados no distinguen la propiedad de la soberanía, es un hecho que demostraremos más adelante (§ 30); pero por lo mismo que confunden ambos derechos, debemos entender que la apropiación colectiva de una comarca por una tribu independiente, surte el doble efecto jurídico de hacerla dueña y soberana, instituyendo a la vez la propiedad y el territorio.

§ 29. Uno de los problemas más importantes de la Constitución territorial del Estado consiste en determinar las causas de la definitiva radicación de las poblaciones; y las observaciones que inmediatamente preceden, allanan sobre manera el camino para llegar a la solución.

Impuesta en sus orígenes la vida nómada por la necesidad de buscar el sustento de comarca en comarca, es claro que esta causa cesa de actuar en todas aquellas regiones donde, sea por obra del hombre, sea por obra de la naturaleza, la producción basta por su abundancia a satisfacer durante todo el año la necesidad aludida.

En corroboración, observaremos que algunas de las sociedades sedentarias más antiguas que se conocen aparecen en los albores de la historia establecidas en regiones del Asia donde el clima y la feracidad natural de los terrenos rinden cuatro o más cosechas por año, y donde sin mayor peligro de verse privado del sustento, pudo radicarse desde temprano el salvaje errante de aquellas remotas edades (*a c*).

Con mayor razón, la adopción de la agricultura, que provee sin intermitencias al sustento de las poblaciones, ha de

(*a b*) Du Petit-Thouars. *Voyage autour du Monde*, t. II, chap. X, pag. 134.

(*a c*) « La transition de cette habitude de nourriture végétale à l'agriculture proprement dite ne dépend pas seulement des dispositions naturelles d'un peuple, mais d'autres circonstances encore. Les forêts, notamment celle de l'Amérique du Sud, sont trop épaises et trop parcourues par des fleuves gigantesques pour inviter beaucoup aux courses vagabondes, tandis que le produit de la culture la plus chétive même alléche. Le maïs, que fournit le pain aux Indiens, se cultive sans le secours de la cha-

surtir instantáneamente el efecto de eximirlas de la necesidad de vagar de aquí para allá en busca de la producción natural; y dado que son pocas las tierras habitables que rinden cuatro cosechas por año, y que apenas hay algunas que no se presten a los cultivos agrícolas, nadie juzgará ilógico concluir que esta industria ha conspirado, sin duda, mucho más que la feracidad espontánea del suelo a la radicación definitiva de las hordas errantes.

No obstante estas observaciones, sería error creer que la sola feracidad del suelo o la sola agricultura basten a arraigar las poblaciones nómades. Aunque las continuas traslaciones se impongan originariamente por la necesidad de pasar de las comarcas agotadas a otras abundantes en caza y pesca, la verdad es que se cuentan numerosas poblaciones que han persistido en la vida semi-nómada hasta largos siglos después de haber adoptado la agricultura. ¿No sabemos acaso de los tártaros que siembran en una comarca el *poligonum tartaricum*, lo cultivan y cosechan en no más de dos o tres meses y acto continuo se trasladan a otro paraje y repiten las mismas faenas? (*a ch*).

Por de contado la traslación es, hasta cierto punto, justificada en algunos casos, por ejemplo, cuando a causa del desconocimiento de los abonos, el cultivo repetido acaba por esterilizar el suelo. A virtud de una larga experiencia, ciertas tribus de las montañas de la India saben que los jugos se agotan a los tres años de cultivo continuo y que para reponerlos, hay que dejar la tierra en descanso durante otro período igual. Así mismo, con referencia a los naturales de Castilla del Oro, dice Oviedo que cuando en una provincia se iba cansando la tierra, buscaban otra holgada, por lo cual vivían en continuas mudanzas (*a d*).

rrue, se récolte sans l'aide de la faucille. Il mùrit vite et il suffit de le griller pour la consomation». Roscher, *Traité d'Économie Politique Rurale*, liv. I, chap. I, § 7.

(*a ch*) Laveleye, *De la Propriété*, chap. V, pag. 72.

(*a d*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. III, lib. XXIX, cap. XXVII, pág. 132.

En tales casos, los cambios de residencia se imponen por las necesidades de la vida. Pero en otros, las traslaciones no se explican sino como efectos del hábito adquirido durante largos siglos de vida nómada, puesto que se las efectúa por motivos insignificantes que no alcanzan a justificarlas.

De los chorotis y de los ashluslayos del Chaco boliviano, dice Nordenskiol que no son del todo sedentarios; que a menudo cambian de parajes en busca de alimento y de nuevos cultivos, y que en el estío muchos se van al Pilcomayo para entregarse a la pesca, y en la estación de las lluvias vuelven a su antigua residencia; de los chiriguanos del mismo país, dice fray Nino no ser raro el que multitudes de indios abandonen su pueblo, ora por temor a la ira de algún cacique, ora alejados por la carestía de la vida; y de los tupinambos del Brasil, dice Freycinet que con frecuencia trasladan sus pueblos de un lugar a otro (*a e*).

Prácticas semejantes se han observado en los otros continentes. Según ciertos viajeros citados por Spencer, los indígenas del África ecuatorial y en particular, los bechuanas cambian de continuo el sitio de sus pueblos, algunos de los cuales son verdaderas ciudades que cuentan varios miles de habitantes (*a f*).

Gibbon dice de los tártaros que su adherencia al territorio es tan débil que por cualquier accidente lo dejan de un momento a otro (*a g*); y Sumner Maine atestigua que en ciertas regiones de la India, las ciudades han sido originariamente simples campamentos militares, y que considerándolas siempre como tales a pesar de sus fundaciones posteriores de carácter inmueble, no ha sido raro que los

(*a e*) Nordenskiold, *La vie des indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 29.

Nino, *Etnografía Chiriguana*, chap. III, pag. 121.

Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 151.

(*a f*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 265.

Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 268.

(*a g*) Gibbon, *Histoire de la Decadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. XXVI, pag. 612.

príncipes las hayan abandonado dejándolas completamente desiertas. Así en el siglo XIV, para castigar el espíritu subversivo de la capital, el sultán de Delhi dispuso que los habitantes se trasladasen en masa a Daulatabad, a diez días de distancia, y ninguno fué osado a desobedecer (*a h*).

Esta vida sedentaria de frecuentes traslaciones, efecto atávico, sin duda, de la vida nómada primitiva, no fué del todo desconocida por los pueblos antiguos. El país que actualmente se conoce con el nombre de Grecia (dice Tucídides) no fué a los principios habitado de manera estable, sino que semejó un campo de continuas migraciones. Sin pena ni resistencia, los habitantes establecidos cedían su residencia a los nuevos invasores, porque no habiendo, como realmente no había, ni comercio, ni comunicaciones seguras, cuando el suelo sólo se explotaba en la medida necesaria al consumo de sus poseedores, sin hacer plantaciones y sin miras de enriquecimiento, todos emigraban sin dificultad, ciertos de que en todas partes encontrarían el diario sustento» (*a i*).

De estos hechos se infiere que ni la feracidad del suelo ni la adopción de la agricultura bastan por sí solas a radicar para siempre a los pueblos nómades. Lo único que sobre este punto se puede decir, es que cuando la abundancia y la seguridad de la producción, ora espontánea, ora industrial, garantizan el sustento de las poblaciones, ellas no vuelven a sentirse apremiadas por la necesidad de cambiar de residencia para procurárselo, y entonces cualquier causa secundaria basta a retenerlas por tiempo indefinido en una comarca cualquiera.

A nuestro juicio, son cuatro las causas principales que una vez asegurado el sustento, conspiran a la definitiva radicación de los pueblos nómades, a saber:

1ª La residencia en comarca de fronteras difícilmente franqueables.

(*a h*) Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, pag. 158, 159, et 564.

(a *i*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. II.

Para el salvaje, que carece de los medios de dominar la naturaleza, un país encerrado entre cordilleras o desiertos o grandes ríos o selvas impenetrables, es como una prisión dentro de la cual está reducido a procurarse por medio de su trabajo la parte de sustento que la producción espontánea le escatima. Pero aquella prisión que le mantiene confinado tiene, a la vez, las calidades y las ventajas de una fortaleza que le preserva contra los enemigos exteriores.

Cuando no se estudian a fondo las causas sociales y geográficas de la radicación de los pueblos, el espectáculo de su diseminación en el globo induce a creer que ellos se han establecido en sus respectivos territorios sólo por obra del acaso. Es éste un error. Originariamente, para establecerse a firme, las poblaciones buscan comarcas cuyas condiciones físicas y geográficas les garanticen a la vez el sustento y la seguridad. Particularmente en los primeros grados del desarrollo social, cuando el estado de guerra nunca cesa, jamás se establece voluntariamente una tribu en lugar abierto, expuesto a la invasión. Son las islas y los países encerrados entre ríos invadeables, o entre cordilleras infranqueables, o entre selvas impenetrables, o entre desiertos aisladores, los únicos que a los principios merecen la preferencia del bárbaro y del salvaje, porque garantizan la perpetuidad de sus establecimientos (*a j*). Cuando por cualquier causa pretende una tribu establecerse en otras condiciones, su existencia queda expuesta a los mayores peligros. Solo en los grados superiores de la civilización, pueden vivir y prosperar Estados independientes no resguardados por la naturaleza.

Entre los pueblos que constituyeron el núcleo de la más antigua civilización, el primero que aparece en estado sedentario es el de los asirios, confinado entre dos ríos, el Eufrates y el Tigris, que en aquellos remotos siglos han de haber sido difícilmente vadeables.

(*a j*) Valiaux, *Le Sol et l'État*, § 37.

Entre los pueblos que florecieron alrededor de la hoya del Mediterráneo, el primero que aparece radicado a firme es el de los egipcios, cuyo país está resguardado de un lado, por un desierto hasta hoy mismo intransitable, y de otro, por un mar que en el estado primitivo, no es vía de comunicación, sino barrera que aisla e incomunica.

Y entre los pueblos europeos uno de los que adoptaron la vida sedentaria en hora más temprana parece haber sido el de los griegos, cuyo país está cruzado en todas direcciones por montañas y canales, difícilmente franqueables.

2ª La segunda causa que conspira a la radicación de las poblaciones es el aumento de los bienes en proporción que ora por su naturaleza, ora por su cantidad, ora por su volumen se hagan intrasportables.

En realidad, no es fácil llevar la vida nómada sino en el estado de mayor atraso social y económico, cuando el hombre puede arrastrar consigo cuanto le pertenece. Los mismos pueblos pastores solo pueden efectuar sus traslaciones periódicas porque sus riquezas consisten en semovientes y porque en la adquisición de cosas muebles limitan la cantidad a la que pueden transportar en sus grandes carros, convertidos en habitaciones ambulantes. Mas, cuando el trabajo agrícola hace nacer la propiedad rural, aunque sea con carácter de colectiva; cuando se plantan árboles cuyos frutos sólo aprovechan al que vive a su sombra, y cuando se edifican casas de material sólido, ora por vía de defensa contra los enemigos, ora por vía de precaución contra los incendios, entonces las poblaciones se sienten arraigadas por múltiples intereses (*a 1*).

Las mismas cosas muebles imponen a la larga el arraigo definitivo porque si cada una es más o menos trasportable como su nombre lo indica, la suma total de las que

(*a 1*) Schäffle. *Struttura e Vita del Corpo Sociale*. t. I, pag. 71. De los naturales semi-nómades de Castilla del Oro, dice Oviedo que « sus bienes muebles eran pocos e ligera cosa llevar la hamaca o el arco e sus personas ». Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. III, lib. XXIX, cap. XXVII, pág. 132.

se usan en los menesteres domésticos constituye una masa prácticamente inmueble.

3ª La tercera causa de la radicación de las poblaciones es la guerra.

De todos los males que azotan a los pueblos civilizados, la guerra es, sin duda, el que hace derramar más lágrimas y más sangre, y el que mayores trastornos ocasiona en la sociedad y en el Estado. A primera vista nos inclinamos a creer que la guerra no puede producir otros frutos que desastres.

Pero si al hombre culto le parece ser tan desastrosa es, sin duda, porque en los Estados civilizados ella trastorna muchos arreglos sociales, destruye irreproductivamente los frutos acumulados de la industria y el arte, y estimula la ejecución de actos inhumanos, actos de matanza, incendio y pillaje que perturban el orden moral soltando la rienda a los peores instintos de la naturaleza humana.

Los pueblos más atrasados no tienen los mismos motivos para mirar con igual horror la guerra. En ellos la guerra no ocasiona los males enunciados porque no hay arreglos sociales que se perturben, ni riqueza industrial que se pierda, ni obras de arte que se destruyan, ni desarrollo científico que se paralice, ni cultura moral que se ofenda. Sobre que no puede ocasionar los mismos males, la guerra es, en las poblaciones más atrasadas, según veremos, el principal factor de la formación de las ciudades, de la constitución del Estado y de otros beneficios políticos y sociales. En parte la civilización debe también a la guerra el arraigo de los pueblos nómades.

Se podrían citar muchos casos en que la guerra ha impuesto la vida sedentaria a los conquistadores; y muchos más en que la ha impuesto a los vencidos.

Según las tradiciones, los dorios que conquistaron la Grecia en los albores de la historia habían vivido errantes hasta el día de la conquista; y la misma vida habían llevado algunas de las hordas bárbaras que a los principios de la Edad Media se establecieron en el Imperio Romano. Pero cuando unos y otros invasores se hubieron impuesto

a una población agrícola, a cuya costa podían vivir, fijaron para siempre su residencia en los países conquistados, poniendo término a sus correrías y traslaciones.

A la inversa, la población indígena de Chile era nómada a la época de la conquista incásica; y los conquistadores, que eran agricultores, la iniciaron en los trabajos agrícolas, la enseñaron a sembrar, cultivar, regar y cosechar; importaron el llama, el maíz y el poroto pallar; domesticaron el guanaco, utilizaron su lana, y establecieron las industrias sedentarias de la alfarería y la minería. Cuando los españoles llegaron a este país, encontraron ya numerosos *pueblos*, cada uno de diez a quince ranchos. De ellos Medina, cuenta más de ciento, que distinguiéndose como en realidad se distinguían por nombres propios, no se pueden tener por agrupaciones y establecimientos eventuales y transitorios (*a m*).

Así mismo, las poblaciones nómadas que hacia el siglo XVI hormigueaban en las repúblicas del Plata y de Bolivia, los puelches, los pampas, los charrúas, los chorotis, los chiriguanos, etc., (§ 14) fueron en gran parte sometidos a la vida sedentaria por la conquista española, y después de un proceso de asimilación que duró tres siglos, han llegado a constituir uno de los principales elementos etnológicos de aquellos pueblos.

De análoga manera se adelantó en la Antigüedad la radicación de las poblaciones. Desde que Roma llevó sus armas fuera de Italia, a Iberia, a las Galias, a la Bretaña, a la Tracia, a la Libia, etc., por todas partes encontró pueblos que vivían errantes, de la caza, de la pesca o de sus ganados; y a medida que los sujetó a su imperio, estableció en sus territorios colonias agrícola-militares que con su autoridad y con su ejemplo, imponían la vida agrícola y sedentaria a las poblaciones (*a n*).

(*a m*) Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VIII, pág. 159.
Barros Arana, *Historia de Chile*, t. I, c. III, § 3 y 6, y c. IV, § 2 y c. V, § 2.
Latcham es de sentir (V. *El Comercio Precolombiano en Chile*, pág. 4) que se ha exagerado mucho el influjo civilizador de la conquista incásica.

(*a n*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. VI, chaps. VII, pag. 267.

No poco conspira también a la radicación de las poblaciones nómadas la captura de prisioneros, porque reducidos a la esclavitud y trasportados al país de los vencedores, son forzados a labrar la tierra y a llevar vida sedentaria. El exorbitante número de esclavos que hay en las sociedades semi-civilizadas, casi siempre mayor que el de hombres libres, es prueba no dudosa de la parte principal que corresponde a la esclavitud en el arraigo de los pueblos nómades.

4ª Fuera de las tres causas indicadas, las cuales por su naturaleza han de actuar principalmente en los grados inferiores del desarrollo social, bien se comprende que una vez adoptada la vida agrícola por algunas poblaciones, el ejemplo y la práctica apreciación de sus ventajas han podido inducir con alguna rapidez en el mismo camino a las tribus nómadas circunvecinas.

A estarnos a las tradiciones bíblicas, los israelitas eran pastores nómades cuando emigraron a Egipto capitaneados por Jacob; y a la inversa, algunas generaciones más tarde, cuando regresaron a Canaan, adiestrados en la agricultura faraónica, se dividieron la tierra por tribus, se dedicaron a las faenas rurales y se establecieron a firme para siempre.

Hay, sin duda, en los pueblos, una predisposición fisiológica a la vida sedentaria, como lo prueba el hecho de que aun los nómades ordinariamente no vagabundean sino cuando necesitan buscar el sustento, permaneciendo en cada comarca mientras la caza y la pesca no se agotan. A virtud de esta predisposición, es obvio que los salvajes errantes se han de acostumbrar rápidamente a las dulzuras de la vida sedentaria aun cuando a los principios tengan por una especie de servidumbre o cautiverio su radicación forzada (*a ñ*).

(*a ñ*) «L'indomptable esprit d'indépendance des nomades ne s'accommode pas du séjour dans les villes, que les Bédouins, non moins qu'anciennement les Germains, regardent comme des prisons». Roscher, *Économie Politique Rurale*, liv. I, chap. II, § 14.

§ 30. Ora se funde en una ocupación pacífica, ora en una conquista bélica, la residencia permanente surte espontáneamente el efecto jurídico de atribuir la propiedad del suelo a la población ocupante. Este efecto es incontrastable y las disputas y guerras que día a día estallan entre las tribus vecinas por causa de la violación de los linderos y marcas manifiestan cuán vivo es aún en las sociedades más atrasadas el sentimiento jurídico de la apropiación. Pero esta apropiación ¿se rige por el derecho público y constituye el territorio, o se rige por el derecho civil y constituye el dominio privado?

Como se sabe, en las sociedades civilizadas el Estado se puede considerar con relación al suelo, ora en el carácter de *soberano*, ora en el de *propietario*. En virtud de sus derechos de soberanía, legisla, gobierna, administra e impone con fuerza coercitiva a todos los habitantes su administración, su justicia, su gobierno, sus leyes. En virtud de sus derechos de propiedad, compra o enajena una porción cualquiera de territorio, lo usufructúa, lo grava, lo da en arrendamiento, etc. El Estado solo es soberano en su propio territorio, pero puede ser propietario en otro cualquiera.

Pues bien, esta distinción tan clara, tan precisa, impuesta por la diferencia sustancial que reconocemos entre el derecho público y el derecho privado, no se hace ni se puede hacer en las sociedades más atrasadas y ni aun en las semicivilizadas (*a o*).

(*ao*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. IV, cap. III, § 5, y § 6, pág. 187.

«Lo stanziamento (dice Schäffle) è l'appropriazione di parte della superficie terrestre, utilizzabile per parti e funzione determinate del corpo sociale». Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. I, pág. 661.

Para expresar la idea de soberanía, los romanos empleaban o bien la palabra *imperium*, que hoy tiene otro sentido, o bien la expresión *suprema potestas*. «Segundo Brunialti (dice Viveiros de Castro), os romanos reconhecían uma suprema *potestas ou supremitas*, donde se derivam as palavras *superius, superanus, souverain, sovrano, soberano*». Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico*, cap. II, pag. 46.

La confusión de ambos derechos se puede inferir de los efectos jurídicos que los salvajes y los bárbaros dan a sus convenciones. Cuando los araucanos cedían como soberanos a los gobernadores de la colonia de Chile partes de su territorio, entendían ceder también la propiedad, y cuando vendían como propietarios algún terreno a simples particulares, nunca entendían que conservaban la soberanía.

Du Petit-Thouars observa, así mismo, que los neo-zelandeses no distinguen la propiedad de la soberanía y que cada tribu se imagina no poseer sobre su suelo más que un solo derecho. De aquí resulta, continúa, que cuando los indígenas ceden una parte del suelo que les pertenece, no se reservan sobre el territorio derecho alguno semejante al del *imperium* porque no tienen de él la menor idea e inconscientemente enajenan con un solo acto tanto la propiedad como la soberanía. Cuando el barón de Thierry les compró una comarca en 1832, con el propósito de fundar una colonia independiente donde probar la practicabilidad de sus ideales sociales, adquirió a la vez, por medio de la compra, los derechos civiles de propietario y los derechos políticos de soberano (*a p*).

Sumner Maine nos atestigua igualmente que en la India y más o menos en todos los países orientales, se confunde el derecho público con el derecho privado, por manera que el propietario ejerce la soberanía y no se concibe el soberano sin propiedad (*a q*).

Que en la Antigua y en la Media Edad nunca se hizo esta distinción, es un hecho que se infiere de muchas maneras. Cuando los Estados luchaban entre sí, el vencedor adquiría no sólo el imperio o prerrogativa del mando sobre los vencidos sino también el derecho a disponer como dueño del territorio conquistado, aun en aquella parte que pertenecía al dominio privado. Así habían procedido los galos, por-

(*a p*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. III, chap XVII, pag. 40 a 48 et passim.

(*a q*) Sumner Maine, *La Guerre*, pag. 252.

que al conquistar el país que los romanos denominaron más tarde *Galia*, se adueñaron del suelo conquistado en el doble carácter de soberanos y propietarios (*a r*).

El territorio (hemos observado), es uno de los elementos externos del Estado; y en la Antigüedad clásica así lo demostró la filosofía política de los griegos; pero esta noción, para nosotros tan elemental, jamás penetró en el espíritu de los pueblos antiguos, ni inspiró los actos de sus gobiernos. Cuando los romanos subyugaban un pueblo, el derecho que entendían adquirir sobre el territorio conquistado era el de convertirlo en propiedad civil del Fisco o de los ciudadanos, porque la prerrogativa del mando la adquirían sobre los vencidos independientemente del territorio. Vivieron tan ayunos de la noción del derecho público que en su lengua nunca hubo palabra que sirviese para expresar la idea de territorio. La expresión *ager publicus* sólo denotaba la idea de los campos que el Estado conquistaba y que se reservaba para sí o distribuía a los ciudadanos; y la expresión *imperium romanum* solo quería decir: dominación de Roma sobre los pueblos, y no llevaba envuelta, como la lleva en nuestros días, la idea de la soberanía territorial. La misma palabra *dominación*, que tiene la misma raíz que *dominio* (de *dominus*, dueño, señor), deja adivinar que entre los romanos de la República, el poder del soberano se confundía con el derecho del propietario (*a s*).

Por lo tocante a los siglos medios, tampoco se distinguió la propiedad de la soberanía ni el dominio del imperio, ni el derecho público del derecho privado. Estimados como simples inmuebles, los Estados eran objeto de toda clase de contratos y de actos civiles. En la Galia, después de

(*a r*) D'Arbois de Jubainville, *Recherches sur l'Origine de la Propriété foncière*, lib. I, chap. I, § 2.

(*as*) « Aucune des définitions de l'État (dice Jellinek) que nous a transmises l'Antiquité ne mentionne le territoire. Sous l'influence des Anciens, la science politique récente n'a d'abord considéré, elle aussi, que l'élément personnel de l'État; c'est pourquoi du XVI au XIX siècle, les définitions de l'État ne parlent pas d'un territoire déterminé comme élément essentiel de tout État. Klüber est le premier, autant que je sache, qui ait définit l'État

Clodoveo I en 511, después de Clotario I en 561, después de Dagoberto I en 638, después de Clodoveo II en 656 etc., el reino se dividió a la manera de una herencia privada entre los hijos del finado monarca. En 838 Luis le Debonnaire dividió su reino entre sus hijos; en 990 el vizconde de Beziers legó a sus hijos, a guisa de dote, dos obispados; en 1225 Luis VIII legó a su primogénito el reino de Francia, al segundo de sus hijos el Artois, al tercero el Anjou y el Maine, y al cuarto el Poitou y la Auvernia. Más tarde, por vía de transacción, Carlos VIII cedió a Maximiliano el Artois y el Franco Condado. En una palabra, el territorio de cada Estado se vendía, se arrendaba, se legaba y sus propietarios solían arrancarle partes más o menos considerables para enajenarlas a fin de procurarse recursos, o para darlas en garantía del cumplimiento de un compromiso, o para constituir la dote de una novia, etc. (*a t*).

comme une société de citoyens pourvus d'un territoire determiné ». Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. II, liv. III, chap. XIII, pag. 18, 19 et 32

Solo por inadvertencia ha podido Jellinek afirmar que en las definiciones del Estado que la Antigüedad nos dejó, no se tiene cuenta del territorio. Aristóteles enseña de manera terminante que « los primeros elementos requeridos por la ciencia política son los hombres en el número y con las cualidades que deben tener, y el *suelo* de la extensión y con las propiedades que debe poseer ». Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. IV, § 2. En varios otros pasajes, el incomparable filósofo menciona el territorio como parte integrante del Estado y esboza su teoría política. Desgraciadamente los publicistas posteriores no siguieron las aguas de Aristóteles, porque se dejaron guiar por la tendencia autocrática que, considerando al Estado como una entidad independiente de la sociedad, llamado a dominarla, no tiene porqué preocuparse del asiento que ella ocupe en el globo. De aquí viene que hasta hoy mismo no se hayan preocupado los autores de desarrollar y completar la teoría política, jurídica y sociológica que el pensador griego no pudo sino esbozar.

Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI, pag. 371, 476 a 478.

(*a t*) Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, chap. I, pag. 110

Guizot, *Gouvernement Representatif*, t. I, 10ème leçon, pag. 137 et 11ème leçon, pag. 151.

Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. II, pag. 60 et chap. XVI, pag. 608.

Cuando un monarca ejecutaba esos actos (observa Thierry), obraba menos como rey que como padre de familia. Como quiera que el ejercicio del mando iba vinculado a la propiedad territorial con absoluta prescindencia de la noción de la soberanía, dichos actos no tenían, bajo ningún respecto, carácter político. Si en un tiempo, a la muerte de los príncipes, se formaban lotes que se distribuían a la suerte, es porque tanto los pueblos como los gobiernos, completamente ayunos del derecho público, tenían al reino por patrimonio del monarca, y para reglar la sucesión a la muerte del propietario, no conocían más reglas que las del derecho civil (*a u*).

Nada pone más de manifiesto la confusión de ambos derechos que la espontánea organización del feudalismo. Después de tantas investigaciones como se han hecho para descubrir las bases y los orígenes de este sistema, se ha llegado a la conclusión de que uno de sus principios orgánicos de carácter más fundamental era la confusión de la propiedad y la soberanía: el propietario ejercía sobre su dominio los derechos de soberano, y sólo podía ser soberano el que tenía una propiedad sobre la cual poder ejercerlos (*a v*).

A la misma conclusión nos hace llegar el estudio del privilegio de la primogenitura. Durante varios siglos se tuvo la primogenitura por institución de derecho público, sea porque provee al reemplazo casi automático de los funcionarios del Estado, sea porque manteniendo el principio de la indivisión hereditaria, constituyó y salvó la unidad nacional en cada una de las monarquías europeas. La verdad es, sin embargo, que en sus orígenes la primogenitura fué instituída por el derecho civil con el ostensible propósito de mantener indivisas las propiedades para que en medio de la anarquía reinante no se amenguase la fuerza defensiva

(*a u*) Thierry, *Lettres sur l'histoire de France*, X, pag. 145.

(*a v*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume primitive*, chap. V, pag. 199.

de los propietarios. En el orden público se adoptó también la regla hereditaria de la primogenitura, no por otra razón sino porque en él se aplicaban sin distinciones las reglas del derecho privado (*a x*).

Porqué se confunden en los pueblos atrasados la propiedad y la soberanía, es un hecho que la ciencia explica de manera satisfactoria: la confusión es ocasionada exclusivamente por el carácter colectivo de la propiedad territorial. Es evidente, en efecto, que si a los principios predominase la apropiación individual del suelo, pronto se advertiría que aun sin ser propietario, el Estado tiene sobre todo el territorio ciertos derechos, el de mandar, el de administrar, el de impedir las incursiones de los extraños, etc., etc. Por el contrario, cuando el territorio pertenece al pueblo entero, como entidad colectiva, el Estado se imagina ejercer estos mismos derechos en su carácter de simple propietario. En tal situación, no se ocurre distinguir el orden público del orden privado. Una reunión general parece ser, a la vez de derecho público porque a ella concurre todo el pueblo, y de derecho privado, porque se compone de los condueños del suelo. Un camino que se abre por acuerdo común parece a la vez ser público porque todos tienen derecho a transitar por él y ser privado porque corre dentro de una propiedad.

Esta confusión de ambos derechos, que subsiste hasta largos siglos después que se ha empezado a individualizar la propiedad (*a y*), presta a los principios ayuda eficacísima a la formación del territorio. En efecto, se preocupa tan poco el Estado primitivo de gobernar bien a los pueblos, de administrarles buena justicia, de darles buenas leyes, o sea de ejercer las prerrogativas de la soberanía,

(*a x*) Adam Smith, *Richesse des Nations*, t. II, liv. III, chap. II, pag. 415 et 416.

(*a y*) El mismo Grotius no distinguía bien ambos derechos como lo prueba el hecho de haber enseñado que en el derecho natural la propiedad y la soberanía se extinguen de una misma manera. *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, t. I, liv. II, chap. IX.

que sin duda el incentivo principal que le mueve a ensanchar su territorio es el interés que en él tiene como propietario. Cuando las tribus salvajes se disputan un territorio, la manzana de la discordia no es la soberanía, puesto que sus normas jurídicas tienen carácter personal; es la producción, cuyo goce exclusivo despierta el más vivo sentimiento de la apropiación. La noción de la soberanía territorial solo se forma en estados sociales mucho más adelantados, cuando individualizada la propiedad, se encuentra el Estado en una situación en que siente que sin ser propietario puede ejercer su autoridad sobre todo el territorio, y que aun, cuando se desprende de todo dominio, conserva íntegro su imperio, porque *ad reges potestas pertinet, ad singulos proprietas*, y *omnia imperio possidet, singuli dominio* (*a z*).

§ 31. Mientras la población vive nómada, no hay posibilidad alguna de que se disuelva el régimen del estatuto personal porque el principio de la sangre predomina en absoluto; y merced a la fuerza conservadora del hábito, continúa imperando, por lo menos parcialmente, hasta largos siglos después de haberse adoptado la vida sedentaria. Acerca de este punto, ya hemos observado (§ 19) que aun en las sociedades más cultas subsisten, a la manera de los fósiles de la vida orgánica, restos jurídicos del estatuto primitivo.

Empero, desde el mismo día en que un pueblo adopta la vida sedentaria, sin tomar en cuenta otras causas ni otras circunstancias, queda constituído un nuevo estado social en que el territorio propende a convertirse, con influencia creciente, en base del Estado, de las instituciones y del derecho (*b a*). Sin que nadie piense de pronto en renunciar al principio orgánico de la consanguinidad, el principio territorial se empieza a introducir como subrepticiamente entre los cimientos del edificio porque en los nuevos arreglos

(*a z*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. IV, Chap. V. Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 681.

(*b a*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, libr. II, cap. III, páginas 92 a 94 y lib. III, cap. III, pág. 117.

Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. III, pag. 91.

sociales y políticos, máxime en la creación de nuevas instituciones, no se puede dejar de tener cuenta del territorio (*b b*).

Con singular sagacidad, Grote observó esta evolución en la historia primitiva del Atica. « El lazo de agregación (dice) formado por la religión y la familia es el más antiguo, pero aun cuando el lazo político se adopta más tarde, adquiere, durante la mayor parte de la historia, una influencia siempre creciente. En el primer período, las relaciones personales constituyen el principio predominante, y las de carácter territorial son meramente subordinadas; en el segundo, la propiedad y la residencia se convierten en circunstancias predominantes, y del elemento personal, no se tiene cuenta sino en cuanto aparece ligado a ellas » (*b c*).

Podemos estudiar esta importante evolución en numerosos pueblos. Una de las primeras radicaciones territoriales que la tradición y la historia recuerdan es la que se supone hecha por Moisés y Josué cuando los israelitas invadieron y conquistaron la tierra de Canaán. Según la leyenda biblica, Moisés repartió los territorios de Sehon y Og entre las tribus de Rubén y de Gad y la media de Manases (*b d*), y Josué repartió el resto de Canaán entre las otras nueve tribus y la segunda mitad de Manases (*b e*).

En Atenas se atribuía a Clístenes la más antigua radicación territorial de que se conservaba memoria y que parece

(*b b*) Por causa de la ignorancia de los orígenes del derecho, el principio de la soberanía territorial parecía tan inconcuso a los jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII que se suponía ser de derecho natural.

« Celui ou ceux qui ont la souveraine autorité (dit Boullenois) ont seuls droit de faire des lois, et ces lois doivent être exécutées dans tous les endroits de la souveraineté ou elles sont connues en la manière prescripte. *Cette maxime est aussi ancienne que le monde* ».

Bullenois. *Traité de la Personnalité et de la Realité des Lois*, t. I, pag. 2.

(*b c*) Grote. *Histoire de la Grèce*, t. IV, pag. 97.

(*b d*) *Deuteronomio*, cap. III.

(*b e*) *El Libro de Josue*, cap. XXIII

haberse practicado en el año 508 A. de J. Dividió aquel legislador el pueblo en 10 tribus, que radicó en sendos barrios de la ciudad, y todo el territorio en 30 distritos o *demoi*, correspondiendo tres distritos a cada tribu. De esta manera, observa Grote, se estableció la distribución local según los *demos* o cantones como base de las nuevas tribus políticas (*b f*).

Por lo tocante a Roma, se atribuye a Servio Tulio el haber dividido la población urbana en cuatro tribus y asignado a cada una un *cuartel*, esto es, un *cuarto* de la ciudad. Cuando la monarquía cayó derrumbada, había otras 16 o 17 tribus radicadas en los campos, y entre los años 283 y 513 de Roma se crearon otras hasta enterar 35 (§ 22, nota *d i*). Como lo observa Mommsen, la división del pueblo romano en tribus tuvo por base un reparto del territorio: a cada una se asignó un barrio en la ciudad y un terreno en el campo, donde quedó radicada (*b g*).

Cuando los bárbaros invadieron el Imperio Romano, llegaron divididos en tribus, cuyo principio orgánico era la consanguinidad; pero a virtud de la ocupación permanente, la marca germánica se convirtió en una circunscripción; las centurias, que habían sido personales, se hicieron territoriales (*b h*); el principio de la territorialidad se subrogó al de la sangre; las relaciones de señor a beneficiario fundadas en la propiedad se sustituyeron a las de parentesco, y el jefe de la tribu pasó a ser jefe de feudo (*b i*).

(*b f*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. I, pags. 171 et 277.

Aristóteles, *La République Athénniene*, § 21.

Grote, *Histoire de la Grèce*, t. IV, pag. 105.

(*b g*) Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 108, et 181.

Mispoulet en sus *Étude d'Institutions Romaines*, impugna esta doctrina de Mommsen a nuestro juicio con poco acierto, chap. I.

Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. III, liv. IV, chap IV, pag. 38 a 41.

(*b h*) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. I, chap. V, pag. 188.

(*b i*) Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. III, pag. 92 et 107.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 35.

El mismo doble carácter real y personal tenían, a la época de la conquista española, los *calpulli* del Imperio de Moctezuma, porque a semejanza de los *demoi* de Ática, se componían de individuos de una misma sangre que habitaban un territorio común (*b j*).

Y el *ayllu* aymará, que originariamente parece haber sido, según lo observa Saavedra, una simple parentela, significó después, por obra de la evolución y el crecimiento, una tribu territorial (*b l*).

En todos estos casos, la población sigue como antes de radicarse, dividida en agrupaciones consanguíneas, cada una de las cuales está arraigada en un cantón; y merced a este arreglo, el espíritu conservador de los pueblos mantiene las divisiones sociales haciéndolas coincidir con los distritos territoriales y dejándolas siempre sujetas al estatuto personal (*b m*).

Con referencia a los súbditos del Imperio Incásico, nos informa Garcilaso de la Vega que «no les era lícito casarse los de una provincia en otra, ni los de un pueblo en otro, sino todos en sus pueblos, y dentro, en su parentela (como las tribus de Israel), por no confundir los linajes... Tampoco les era lícito irse a vivir de una provincia a otra, ni de un pueblo a otro, ni de un barrio a otro, porque no po-

(*b j*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 512.

(*b l*) Saavedra, *El Ayllu*, pág. 162.

Según Uhle, el *ayllu* peruano subsiste hasta nuestros días con los mismos caracteres. Uhle, *El Ayllu Peruano*, pág. 81, del *Boletín de la Sociedad Geográfica* de Lima, 1911.

(*b m*) Sin peligro de confusiones, cuando el historiador antiguo quiere denotar la sangre de un personaje, lo caracteriza diciendo que pertenece a la tribu o al demos tal o cual, y cuando el geógrafo quiere describir un país, habla de los demos en que está dividido. Strabon, *Géographie*, t. III, liv. IX, § 21, pag. 213.

En Roma, la palabra *curia*, que era un grupo político y personal, se empleó a la larga para designar la parte del territorio donde las *gentes* que la componían estaban radicadas. Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 104.

dían confundir las decurias, que estaban hechas de los vecinos de cada pueblo y barrio» (*b n*).

Empero, la subsistencia del estatuto personal después de las radicaciones no obsta, en cada caso, a la realización de un gran progreso político, cual es que la organización social queda fundada para lo futuro, no sólo en la base de la consanguinidad, sino también en la de la residencia local; y la ley, que hasta entonces sólo había regido para la agrupación de consanguíneos, empieza a regir también para el distrito donde ellos han sido arraigados.

Las antiguas tribus griegas y latinas (dice Giraud-Teulon) formaron a menudo confederaciones parecidas a la de los norteamericanos; pero los verdaderos Estados políticos datan del día en que las relaciones jurídicas fundadas en la consanguinidad, fueron reemplazadas por un régimen fundado en el principio territorial (*b ñ*).

De estas observaciones se infiere que la radicación territorial propende a quitar a los lazos de la sangre el carácter de lazos políticos, sustituyendo al estatuto personal el territorial. El arte y la ciencia política no han inventado hasta el día, otro medio de abrogar el régimen primitivo fundado en la consanguinidad. Cuando la autocracia rusa se propuso desagregar las tribus de los Kirguizes, cuya autonomía la molestaba (1867), recurrió a un medio análogo: decretó una radicación territorial que artificiosamente no coincidía con la división del pueblo en tribus (*b o*).

A los pueblos antiguos no pasó inadvertido el alcance

(*b n*) Según Uhle, en el Imperio de los Incas, «cada *ayllu* tenía sus adoratorios, objetos de culto y ceremonias religiosas distintas.... y la forma de los ejércitos reflejaba las divisiones de las tribus en *ayllus*, porque los *ayllus* marchaban a la guerra separados uno del otro ... Como en el campo, los *ayllus* ocupaban en la capital diferentes barrios». Uhle, *El Ayllu Peruano*, pág. 84, del *Boletín de la Sociedad Geográfica* de Lima, 1911.

(*b ñ*) Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage et de la Famille*, chap. XXIII, pag. 463.

(*b o*) Dingelstedt, *Le Régime Patriarchal des Kirghiz*, pag. 11.

de este progreso como lo prueba el hecho de que sus tradiciones atribuyesen tendencias democráticas a todos aquellos legisladores, por ejemplo Clístenes y Servio Tulio, que habían introducido el principio territorial en las bases de la organización social.

En esta evolución nada ocurre que no aparezca en perfecta conformidad con las leyes sociales. A los principios, cuando las tribus viven en permanente y recíproca hostilidad; cuando por falta de seguridad, de caminos y de comercio no hay relaciones de pueblo a pueblo; cuando la población, ora nómada, ora sedentaria, vive confinada y sin movilizarse en el estrecho circuito de su territorio, la ley de la consanguinidad basta al orden. Pero cuando se desarrollan la agricultura, la industria y el comercio, los hombres pasan de una tribu a otra llevados por sus negocios, y entonces sobrevendrían la impunidad, el desorden y la anarquía si en respeto al fuero gentilicio, no se aplicara en cada caso la ley local, *lex loci*.

Preparada por el progreso social, muy a menudo esta evolución ha sido impuesta por la ley de la victoria, porque los grandes conquistadores antiguos, y en particular los romanos, que tanto respetaban el estatuto personal de los pueblos vencidos en lo tocante a la administración local o interna, les sujetaban para los efectos de su dominación política y militar a un régimen que prescindía de las relaciones de consanguinidad y que imponía indistintamente a todos los habitantes. Lo mismo se repitió en la Edad Media. Gneist nos informa que por efecto de la conquista normanda, el rey quedó en Inglaterra con más poder que el que sus colegas tenían en el continente; que al distribuir la propiedad territorial, dejó a vencidos y vencedores muy sujetos a la autoridad real, y que atropellando el estatuto personal, formó distritos territoriales para la administración de justicia (*h p*).

(*h p*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 94.

Marquardt manifiesta cómo la extensión del privilegio de la ciudadanía romana trajo consigo el imperio de la igualdad, o sea la sustitución del estatuto personal por el estatuto real. Junto con extenderse aquel privi-

La sustitución de un estatuto por otro ha dejado en el orden público huellas patentes que la historia política nos ha conservado. Según se ha observado, durante largos siglos, mientras imperó casi exclusivamente el estatuto personal, la tribu daba su nombre al territorio, y se llamó Grecia al país habitado por los griegos; Germania, al habitado por los germanos; Galia, al habitado por los galos; Francia, al habitado por los francos, e Inglaterra fué la tierra de los ingleses. En conformidad con estos usos, los príncipes eran conocidos con los nombres de jefes de los helenos, o de los germanos, o de los galos, o con el de rey de los ingleses, de los francos, de los visigodos.

Bajo el influjo del estatuto territorial, tenemos ahora que ingleses son los que nacen en Inglaterra, franceses los que nacen en Francia, griegos los que nacen en Grecia; y en conformidad con este nuevo uso, Juan sin Tierra prefirió llamarse rey de Inglaterra; en lugar de *rex Francorum*, Enrique IV adoptó el título de rey de Francia y de Navarra, y modificaciones análogas se han hecho más o menos inconscientemente en cada una de las monarquías europeas (*b q*). El título de *emperador de los franceses*, con que se pretendió sustituir el principio de la territorialidad

legio, «la lengua romana se convirtió en la lengua oficial, y se difundió a lo lejos suplantando los dialectos locales.... El derecho de acuñar moneda desapareció de toda Italia; el antiguo derecho privado de las ciudades confederadas cedió el lugar al derecho romano; el vestido romano, las costumbres romanas, los nombres romanos, el cómputo del tiempo se impusieron en toda la Italia inferior y en pocos años se borró hasta el recuerdo de los tiempos anteriores a la dominación romana». Marquardt, *L'Organisation de l'Empire Romain*, t. I. pag. 86.

(*b q*) Summer Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. III, pag. 93.

Lyall observa que la voz Radjputana en la India no significa el país de los radjputas en el sentido en que *Francia* significa al presente el país de los franceses, sino en el sentido mucho más antiguo, según el cual, Lombardía significaba el país conquistado por los lombardos, y *Francia*, el país ocupado por los francos. La Radjputana, es pues, aquel territorio donde un clan de radjputas pretende la dominación para su jefe y la posesión para sí por derecho de ocupación y de conquista. Lyall, *Moeurs de l'Estrème Orient*, chap. VIII, pag. 417.

por el de la nacionalidad, solo brilló un momento como una fugaz supervivencia de un pasado sin vuelta.

En una palabra, desde el momento en que una tribu se establece definitivamente en un territorio (dice Sumner Maine), la tierra empieza a reemplazar al parentesco como fundamento de la organización social. Por cierto esta sustitución se opera muy lentamente, de suerte que bajo algunos respectos no está todavía cumplida, y en lo referente a la constitución de la familia, subsiste el lazo de la sangre. Pero en los grupos más considerables, el suelo donde viven propende a formar un vínculo, en reemplazo del parentesco (*b r*), que por lo tocante al Estado, se esfuma en la vaga y poco positiva noción de la nacionalidad.

§ 32. Las lindes territoriales tienen por objeto circunscribir el territorio donde cada Estado ejerce su soberanía con exclusión de los demás Estados, o donde la autoridad local ejerce su jurisdicción con exclusión de las autoridades de otras circunscripciones. A los confines del territorio nacional que llegan hasta las lindes divisorias y que presentan el frente a los países circunvecinos se da el nombre particular de *fronteras* (*b rr*).

Aunque en los pueblos civilizados las lindes divisorias son mera consecuencia del estatuto real, encuéntraselas establecidas aun en los más atrasados como medio de circunscribir los territorios en que las respectivas tribus pueden cazar y pescar. Darwin atestigua que entre los fueguinos los territorios están separados por fajas desiertas (*b s*); y según Engels, entre los indígenas de Norte América, corría alrededor de cada territorio una ancha zona

(*b r*) Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. III, pag. 91. Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. IV, cap. II.

(*b rr*) La palabra *frontera* viene, sin duda, de *frons*, frente. En el lenguaje militar se decía en francés *faire frontière* en el mismo sentido en que hoy decimos *hacer frente*: «et comme on faissait frontière particuliérement sur les limites des pays (dice Littré en su *Dictionnaire de la Langue Francaise*), le mot a pris le sens de limites d'État à État».

(*b s*) Darwin, *Voyage d'un Naturaliste*, pag. 232 et 237.

neutral. El mismo objeto tenían el bosque limítrofe de los antiguos germanos, el desierto de los suevos que Julio César menciona, el *isarnholt* de los daneses, el *sachsenwald* y el *branibor* (en eslavo, *bosque protector*), que entre los eslavos y los alemanes dió su nombre al Brandeburgo (*b t*), y las marcas que los bárbaros invasores establecieron entre territorio y territorio y cuya inviolabilidad se puso a cargo de empleados llamados *marqueses*. Simples *marcas* o territorios de separación fueron originariamente la Lorena, el Austria y la Dinamarca.

Sin embargo, en los pueblos más atrasados las lindes divisorias, semejantes a los cercados particulares, tienen más bien carácter jurídico que político porque casi no se instituyen más que para sustraer de la codicia extraña la producción de cada paraje. Con ellas se circunscribe la propiedad antes que el territorio. Sólo cuando empieza a regir el estatuto real, en estados sociales más o menos adelantados, se empieza a dar a las lindes divisorias el fin político de circunscribir el territorio donde se ha de ejercer la soberanía.

Los linderos que separan entre sí a los Estados son *naturales* o *artificiales*. Son naturales las quebradas, las cordilleras, los ríos, lagos y mares, las selvas y demás accidentes del terreno que estorban la pasada de un país a otro. Son artificiales los mojones, los hitos, las murallas que el hombre construye para fijar en el terreno la línea divisoria, de suyo imaginaria (*b u*).

Sean ellos naturales o artificiales, la línea divisoria, si

(*b t*) Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, cap. III, pág. 161.

Viniendo de Nicaragua hacia el Sur, a 30 o 40 leguas de Panamá, «reynaban allí (dice Herrera) cuatro señores de lenguas diferentes, que tenían cercados sus pueblos de cavas y palenques, y cardos fuertes y espinosos, tan entretegidos que hacían una pared muy fuerte», Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década II, lib. III, cap. VI, pág. 307.

(*b u*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. IV, chap. IV, pag. 220.

no está fijada por una muralla, nunca aparece en el terreno ni es visible sino imaginaria. Cuando los linderos son artificiales, ella corre de hito en hito alrededor de todo el territorio. Cuando son naturales, corre en las cordilleras o por las más altas cumbres o por el *divortia aquarum;* en los ríos, por la parte media y más honda de la cuenca; en los lagos, selvas y desiertos, los corta por mitad; y en el oceáno, va a 15 kilómetros de la costa siguiendo las sinuosidades de la playa. En contra de estos trazos, han solido prevalecer otros o por obra de la espada o por obra de acuerdos internacionales.

Aun cuando generalmente la linde divisoria sea una línea imaginaria, es el hecho que los linderos artificiales solo se establecen a falta de otros porque no solo imponen gastos crecidos de construcción y de conservación sino también porque tienen menos eficacia para evitar los conflictos de jurisdicción o de soberanía. Tampoco han sido raras en la historia política las contiendas provocadas por la remoción de los hitos. Para evitarlas en absoluto cuando los linderos son artificiales, habría que aislar cada territorio por medio de murallas como la de China.

En parte alguna se pueden apreciar mejor los inconvenientes de los linderos naturales que en la línea divisoria de Bélgica y de Francia. Fuera de un corto y diminuto riachuelo que en una sección de dicha línea separa ambos territorios, los linderos limítrofes consisten en caminos, cercos, fosos, paredes, calles, etc. Hay calles que de un lado son francesas y belgas del otro, y hay casas que tienen una puerta en Francia y otra en Bélgica (*b* v). En semejantes condiciones, deben de ser crónicos el contrabando, el cohecho y la corrupción de los cuerpos de aduana y del resguardo, y para hacer respetar los límites, se ha de necesitar un numeroso personal de empleados.

Los linderos naturales, cuya existencia es anterior a la del Estado, no ofrecen tales inconvenientes. Adoptados

(*b* v) Vallaux, *Le Sol et l'Etat*, § 32, pag. 168

espontáneamente como base para fijar la extensión territorial del Estado, ellos están indicando, con el dedo, la línea hasta donde se puede llegar y de donde no se puede pasar y poniendo dificultades con los entorpecimientos del tránsito a la violación de la soberanía de los pueblos circunvecinos.

Porque para que el Estado tenga base física en la naturaleza y no sea una creación meramente convencional y política, se requiere que esté encuadrado y determinado por linderos que fijen de manera visible la ubicación que en el globo de la tierra le corresponde. Sean ríos, cordilleras, lagos, selvas, desiertos, quebradas, etc., todo aquello que en el estado primitivo aisla a los pueblos, sirve a la vez para defenderlos, constituye su autonomía física y favorece el desenvolvimiento pacífico e independiente de su personalidad y de sus instituciones. Cuanto mejores sean los confines naturales y mejores las vías internas de comunicación (dice Schaeffle), tanto más fácil, típica y duraderamente se convertirá el territorio en Estado (*b y*).

Independientemente de los acontecimientos históricos, un territorio parece constituir un Estado natural cuando por su clima, por su producción, por su sistema fluvial, por su configuración y su orografía, y sobre todo, por sus fronteras naturales, se diferencia de los territorios circunvecinos.

Si por obra de la guerra y de las combinaciones diplomáticas, se forman varios Estados en una vasta llanura siempre igual a sí misma, ellos parecen ser creaciones simplemente políticas o militares que por carecer de base y de autonomía naturales, han nacido condenados a desaparecer o a refundirse en uno solo. Y por el contrario, cuando el territorio tiene caracteres propios y defensas naturales que le distinguen y aislan de los circunvecinos, la perso-

---

(*b y*) Vallaux, *Le Sol et l'État*, § 32.

Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, t. I, lib. I, cap. I, pág. 12, y cap. II.

Schaeffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 141.

nalidad del Estado aparece más de relieve y su existencia mejor garantida.

A este respecto, es digno de estudio el caso asaz significativo de la Suiza. El Estado que en el siglo XIX tomó este nombre, fué en la Edad Media una simple porción del Santo Imperio Germánico; pero por efecto de la naturaleza montañosa de su territorio, vivió siempre en un aislamiento muy semejante a la independencia, poco dócil a la dominación imperial. Era costumbre en aquellos siglos que los pueblos que tenían intereses comunes formasen ligas entre sí para fines comerciales, y en mérito de ella, los que habitaban el nudo de los Alpes siempre se habían ligado sólo entre sí, como si nada tuviesen que ver con el resto del Imperio. Habituados a esta autonomía, cuando la corona quiso someterlos a la ley común, ya era tarde y sus montañas les permitieron resistir y emanciparse. Es el caso más típico que se puede citar de un Estado que se forma principalmente por obra de su territorio. Por eso, aun cuando el prodigioso perfeccionamiento de los medios ofensivos propende a igualar la suerte de todos los pueblos, se ha observado, con razón (§ 17) que de los países, unos son por naturaleza dependientes, y otros por naturaleza independientes (*b x*).

En suma, los linderos naturales tienen las siguientes ventajas: 1ª por regla general no imponen a los Estados gastos de construcción ni de conservación; 2ª si no evitan en absoluto, disminuyen considerablemente las contiendas y conflictos de jurisdicción y de soberanía, y 3ª constituyen mejor la autonomía física del Estado, le sirven de baluarte y a menudo le preservan de la guerra y la conquista. En cambio, tienen un defecto que no carece de gravedad, cual es, que entorpecen la interpenetración, la amistad y el comercio entre los pueblos vecinos.

En mérito de estas inapreciables ventajas, los Estados trataron siempre de dar a sus respectivos territorios linde-

(*b x*) Vallaux, *Le Sol et l'Etat*, § 32, pag. 168.

ros naturales. Las murallas limítrofes construídas en algunos países, en la China, en la Quersoneso (*b z*), en la Média (*c a*), en Derbend (*c b*); los canales y fosos abiertos en otras partes, por ejemplo en Thesalónica (*c c*), confirman nuestra observación porque estos linderos se construyeron artificialmente solo a falta de los otros.

En mérito de estas ventajas, algunos Estados han preconizado la teoría de las fronteras naturales como fundamento y justificación de la política de conquista; y ante este peligro, algunos geógrafos, verbigracia Vallaux, se han puesto a sostener que no hay fronteras naturales (*c ch*).

Por de contado, ni la teoría de las fronteras naturales justifica la conquista, ni sería motivo para desconocerlas el que los Estados conquistadores funden su política belicosa en la necesidad de tenerlas. Ora los linderos sean naturales, ora sean artificiales, los Estados poderosos propenden a absorber a los débiles con ímpetu tanto más incontrastable cuanto menores son las barreras que obstaculizan su paso. En este sentido, es claro que los linderos naturales entorpecen la conquista, la cual se opera expeditamente cuando la línea divisoria corre por hitos artificiales que no oponen tropiezo al paso del conquistador. Según esto, la teoría de las fronteras naturales es un mero pretexto, como lo es la de las nacionalidades, porque con ella o sin ella los acontecimientos siguen un mismo curso.

Sin distinción de fronteras naturales y artificiales, podemos observar que así como la historia de la constitución política comprende en gran parte la historia de las vicisitudes internas, así la historia de la constitución territorial comprende, en gran parte, la historia de sus vicisitudes interna-

(*b z*) Heródoto, *Los Nueve Libros*, lib. VI, cap. XXXVI.

(*c a*) Jenofonte, *Expedition de Cyrus*, liv. II, chap. IV.

(*c b*) Justi, *Historia de la Antigua Persia*, pág. 93, t. II, de la *Historia Universal*, de Oncken.

(*c c*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, fragmento 28.

(*c ch*) Vallaux, *Le Sol et l'État*. § 69.

cionales. Si el Estado ha sido conquistador o conquistado, sus vicisitudes adversas o favorables se reflejan en los cambios que la línea fronteriza ha sufrido. Tal es en sustancia la doctrina que se infiere de la conocida obra de Freeman, titulada *Historia General de Europa por la Geografía Política.*

§ 33. Las divisiones territoriales, obra genuina del estatuto real, tienen por objeto facilitar la administración y el gobierno de los pueblos y establecer la igualdad entre los ciudadanos sometiendo a unas mismas autoridades y a unas mismas leyes a todos los habitantes (*c d*).

Sin las divisiones territoriales, no habría igualdad posible, porque de los servicios del Estado sólo aprovecharía aquella parte de la población que residiese en la capital, y las leyes, si eran rigurosamente cumplidas en el lugar del asiento de los Poderes Públicos, carecerían de vigor a la distancia.

En las sociedades más atrasadas, siempre divididas en diminutas tribus independientes, la pequeñez de la población y la estrechez del territorio hacen innecesarias las divisiones administrativas. Por otra parte, el estatuto personal repugna estos arreglos, porque bajo de su imperio cada ciudadano lleva consigo su fuero donde quiera que vaya; y sometido al jefe designado por la sangre, no acepta la sujeción a la autoridad del jefe departamental. Es el estatuto real, combinado con el crecimiento del Estado, la causa que da origen a las divisiones territoriales. Bajo el imperio del estatuto real, la extensión del Estado impone la división territorial así como la complejidad de la administración impone la división en ramas. Dividir la administración en ramas es señalar a cada empleado la clase de funciones que le incumbe; dividirla en distritos es fijarle los límites de su jurisdicción.

Prescindiendo de las radicaciones de tribus, radicaciones que siempre han llevado envuelta una división del territorio, estos arreglos se han hecho por obra de los acontecimien-

(*c d*) Lyall, *Moeurs de l'Extrême Orient*, pag. 526

tos internacionales antes que por deliberación de los gobernantes y legisladores. Desde que un pueblo empieza a crecer merced a la conquista, la ley de la victoria que iguala a todos en la sujeción, se auna con el aumento del territorio para imponer la división del Estado en departamentos o provincias.

Verdad es que entre los propósitos del vencedor no se cuenta el de dividir el territorio para dar buena administración a los vencidos. Pero el deseo de mantenerlos sojuzgados le induce a imponerles gobiernos locales, transformando los Estados subyugados en verdaderas provincias.

Así procedió Roma. No incorporó de pronto a los pueblos vencidos en el Estado romano, sino que los dejó subyugados en calidad de pueblos extraños, sin los derechos políticos anexos a la ciudadanía. Para el efecto de la sujeción, fué formando con cada haz de pueblos de cada raza una o más circunscripciones militares que denominó *provincias*, esto es, regiones *vencidas* que quedaban sujetas a pagar un tributo o censo y gobernadas menos por sus propias leyes que por la voluntad arbitraria de los prefectos o procónsules romanos (*c e*).

Así, la España fué dividida el año de 197 a. de J. C., en dos provincias, *Hispania citerior* e *Hispania ulterior*; con

(*c e*) Originariamente se daba el nombre de *provincia* a toda misión confiada a un ciudadano, ora por el Senado, ora por el pueblo, con poderes omnímodos. Posteriormente, cuando se limitaron los poderes de los funcionarios superiores de Roma, se llamó provincia a la esfera de acción de cada magistrado. En el mismo sentido nosotros empleamos la voz *departamento:* departamento de hacienda, departamento de gobierno, etc. Después de las conquistas de la Cerdeña y de la Sicilia, la voz *provincia* se empezó a emplear en el sentido de *gobierno de ultramar*, significando ora el comando de un país situado fuera de Italia, ora la región misma sujeta a la autoridad de un gobernador. Como quiera que a diferencia de los territorios itálicos, los demás se suponían pertenecer al pueblo romano y para ser explotados, aún por los antiguos dueños, había que pagar el *vectigal* o *tributum*, resultó que la provincia quedó convertida en una circunscripción administrativa del Imperio Romano, situada fuera de Italia, en los países conquistados, sometida a un magistrado que la gobernaba autocráticamente, o en nombre del pueblo, o en nombre del Senado y sujeta

la Macedonia se formó otra el año de 146; y Julio César erigió cuatro en las Galias (*c f*).

Esta conducta fué impuesta a Roma por el imperio que en aquella época ejercía el estatuto personal. En su magna empresa de conquistas, aquel pueblo no habría podido, con todas sus fuerzas y poderío, abarcar la enorme extensión que alcanzó si hasta cierto punto no hubiese respetado la autonomía y los fueros de los Estados que subyugaba.

No de otra manera procedieron otros pueblos conquistadores de la Antigüedad. Con referencia al antiguo Egipto, observa Lenormant que para los efectos administrativos, el territorio estaba dividido en cierto número de distritos que los griegos llamaban *nomos*, y que los más de ellos correspondían a principados feudales de los tiempos primitivos, cuyos límites habían sido respetados por el Estado faraónico (*c g*).

Por la misma causa, procedieron de la misma manera los reyes de la época moderna en su gran lucha con el feudalismo. En su tarea histórica de reconstitución de la unidad del Estado, la reyecía tuvo buen cuidado de respetar la personalidad jurídica de los feudos porque cuando los sojuzgaba y los convertía en simples provincias o departamentos, les conservaba sus antiguos límites y les reconocía

a pagar el tributo de los vencidos. Marquardt, *L'Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pág. 499 a 503.

«Primitivement, le mot *provincia* s'est dit de toute mission confiée par le sénat ou par le peuple à un citoyen avec pleins pouvoirs. Il se disait, par exemple, de la mission de faire une guerre: *Bellum adversus Aequos Fabio provincia data est*... C'est seulement sous l'Empire et pas tout à fait au début que le mot a pris une signification géographique». Fustel de Coulanges, *La Gaule Romaine*, liv. II, chap. III, pág. 194.

Freeman, *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*, liv. I, chap. II, pag. 53 et 54.

(*c f*) Incumbía al general vencedor, auxiliado por diez senadores, organizar las provincias y su administración militar en cada país conquistado. Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 67, 118, 205 et 503.

(*c g*) Lenormant, *Histoire Ancienne de l'Orient*, t. III, liv. IV, chap. I, § 3, pag. 30.

cierta autonomía. En Francia, estos departamentos que anteriormente habían sido feudos independientes se conocieron con el nombre de *países de Estado* y existieron hasta 1790, año en que la Convención hizo una división territorial que prescindió de todos los fueros *(c h)*.

Como hechas sin plan sistemático por obra de los acontecimientos, las divisiones territoriales *históricas* tienen la ventaja de respetar las relaciones jurídicas, sociales y comerciales que se han establecido antes de que los Estados se hayan convertido en simples provincias; pero adolecen de ciertos defectos que redundan, a la larga, en daño de la administración, del gobierno y aun de la igualdad. Desde luego, sus términos no se proporcionan recíprocamente porque cada uno se ha formado con independencia de los otros, como fruto casual de una guerra u otro acontecimiento internacional y no como circunscripción erigida en atención a las necesidades del gobierno y del servicio público. En seguida, mientras estas provincias formadas de Estados antes independientes conservan su autonomía, la administración no se uniforma en todo el Estado, la autoridad del gobierno es en unas partes mayor que en otras, y la ley no es una ni el derecho igual.

No obstante los inconvenientes de las divisiones históricas, no siempre ha sido empresa fácil rehacerlas sistemáticamente. Orgullosas estas provincias de su pasada independencia, de su actual autonomía y de sus valiosos fueros, el Estado ha tenido que respetarlas para no crearse dificultades, resignándose a tener más cuenta de los antecedentes históricos que de las necesidades del servicio público. Bien conocidas son las dificultades con que todo gobierno

(c h) Con referencia a las circunscripciones erigidas en Alemania bajo el nombre de círculos, dice Freeman: «C'est ainsi que nous avons les deux cercles de Haute et Basse Saxe, et les trois cercles de Franconie, Souabe et Bavière. Ce sont les noms des anciens duchés, et tous ces cercles ont une conexion géographique plus ou moins grande avec les anciens pays dont ils portent le nom». Freeman, *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*. liv. II, chap. I, pag. 203.

tropieza en España por causa de la rebelde e inamalgamable autonomía de las provincias vascongadas, del antiguo condado de Cataluña y de otras partes integrantes de la monarquía.

Con esta resistencia se ha tropezado siempre en todas aquellas naciones cuyas provincias fueron en un tiempo Estados independientes. Aun en naciones donde el imperio del estatuto real está sólidamente asentado se suelen resistir estas divisiones sistemáticas, que forman las circunscripciones territoriales prescindiendo de los vínculos de la sangre y de la nacionalidad. «Causa extrañeza (observa Tocqueville) la extrema facilidad con que la Asamblea Constituyente destruyó de un solo golpe las antiguas provincias de Francia, algunas más antiguas que la monarquía, dividiendo sistemáticamente el reino en 83 partes diferentes como si se tratase del suelo virgen del nuevo mundo. Nada sorprendió y espantó más al resto de Europa, que no estaba preparada para semejante espectáculo. «Es la primera vez (decía Burke) que se ven hombres destrozando a su patria de manera tan bárbara». Y en efecto, parecía que se despreciaban cuerpos vivos cuando en realidad se despreciaba un cadáver» (*c i*).

A pesar de la supremacía que el estatuto personal tuvo en los tiempos pasados, la Antigüedad alcanzó a conocer las divisiones sistemáticas establecidas a los principios de manera subrepticia para no chocar con el régimen imperante. En efecto, las radicaciones de tribus, operaciones que vemos generalizarse en varios de los Estados antiguos y que consistían en asignar a cada grupo social una comarca, llevaban envuelta y como disimulada una verdadera división territorial. Aun cuando esencialmente la radicación no era a menudo más que un reparto de campos fiscales, el arraigo de las tribus, grupos autónomos, hacía de las comarcas verdaderos términos de una división territorial.

Prescindiendo de las radicaciones, se puede tener por una

(*c i*) Tocqueville, *L'Ancien Regime et la Revolution*, pag. 137.

de las primeras divisiones sistemáticas que la historia de Europa menciona la que en Italia practicó el emperador Augusto cuando formó con los Estados peninsulares, todos los cuales estaban bajo la mano de Roma, once grandes *regiones*. Sin embargo, por instintivo respeto al estatuto personal, esta división parece haber dejado incólume la autonomía de los pueblos itálicos, antes independientes, para todos los efectos de la administración interna (*c j*).

Las divisiones territoriales de los Estados no son, no deben ser arreglos caprichosos y ni aun arreglos simétricos. Para practicarlas con acierto, hay que tener cuenta conjuntamente de la población, de la extensión y topografía del país, de su riqueza y estado industrial y, por último, y sobre todo, de sus necesidades políticas (*c k*). En las estadísticas demográfica, industrial y agrícola, y en las cartas geográfica, hidrográfica, orográfica y topográfica, se encuentra la mayor parte de los datos que se necesitan para formar las varias circunscripciones.

En la América latina, donde las varias comarcas y países no tienen personalidad histórica porque nunca constituyeron Estados independientes, las divisiones territoriales se pueden practicar sin haber atención más que a la conveniencia de los servicios públicos, a las limitaciones naturales y a la necesidad de subordinarlas a los sistemas políticos. Por el contrario, en la mayor parte de las naciones europeas, las divisiones territoriales de carácter político respetan hasta hoy mismo la autonomía feudal de la Edad Media, por manera que a causa de la desigual extensión que los feudos tenían, sucede que al lado de una circunscripción muy grande hay otra muy pequeña y un funcionario encar-

(*c j*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pags. 3 et 7. La voz *región* viene, sin duda, de *regir*. Formar once regiones, por consiguiente, quiere decir lo mismo que formar once *gobernaciones*. En el uso vulgar se ha quitado a la voz *región* su significado político y solo se la da un significado geográfico.

(*c k*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. III, chap. VI. Colmeiro, *Derecho Administrativo Español*, lib. II, cap. IV.

gado de una vasta administración se codea con otro encargado de una administración municipal. Aunque, la perfecta simetría es difícil de establecer, esta desproporción no se justifica sino cuando es requerida por las necesidades de la administración y el gobierno.

Por regla general, en todos los Estados hay varias divisiones territoriales porque se hace una para cada una de las grandes ramas de la administración pública. Así, por ejemplo, en Chile el territorio está dividido en 23 provincias para los efectos políticos; en seis regiones, presididas por sendas Cortes de Apelaciones, para los efectos judiciales; y para los efectos navales, todo el país constituye un solo departamento dividido en 15 gobernaciones (*c 1*).

Esta multiplicidad de divisiones es impuesta por la diferencia de necesidades de los servicios públicos, de los cuales unos, como el del registro civil, requieren circunscripciones muy pequeñas, y a otros, como el de la administración marítima, bastan unas pocas grandes circunscripciones.

Pero si no basta una sola división para todos los servicios, en bien de ellos se deben hacer coincidir las demarcaciones o líneas terminales, en forma que cada circunscripción judicial comprenda cuatro o cinco provincias íntegras y que la jurisdicción militar de cada comandancia de armas abrace uno o más departamentos, y nunca alcance a simples fracciones de otro. Para este efecto es la división política la llamada a servir de base por más importante a todas las divisiones territoriales.

En abstracto no se pueden fijar las dimensiones de cada circunscripción, puesto que hay que atender conjuntamente a tantos y tan heterogéneos elementos. Una extensión que acaso sería enorme para cualquiera de los países más poblados de Europa, por ejemplo, para Bélgica, sería acaso diminuta para cualquiera de los más grandes países de la América latina, por ejemplo, para la Argentina o el Brasil. En cada caso y en cada país corresponde al estadista fijar

(*c 1*) Ley del 30 de Agosto de 1848.

el número y la extensión de las circunscripciones. Lo único que se puede sentar teóricamente es que toda división territorial debe hacerse en forma que sus términos resulten, no iguales, pero sí *equivalentes,* estableciendo entre ellos una relativa proporcionalidad. Si no se hubiera de respetar el principio de la equivalencia, no habría para qué allanar la autonomía de las circunscripciones históricas.

Algunos tratadistas son de sentir que las divisiones administrativas se deben hacer en forma que cada circunscripción coincida con una región natural. Pero como lo observa Gallois, las regiones naturales, caracterizadas por sus climas, por sus constituciones geológicas, por su producción natural etc., son de tamaño muy desigual, no pueden servir de base para establecer una división territorial de términos equivalentes y, sobre todo, rara vez estarán formadas de manera de satisfacer las necesidades de la administración y del Gobierno (*c ll*).

Mucho más practicable es la regla que manda dar en lo posible límites naturales a las circunscripciones para evitar, por una parte, los conflictos de jurisdicción territorial, y por otra, los cuantiosos gastos de amojonamiento. Pero si esta regla se puede respetar generalmente en los países quebrados como Grecia, Suiza y Chile, es inaplicable en los países llanos.

Toda división territorial constituye un sistema que, ora espontánea, ora deliberadamente se forma subordinado al sistema vigente de administración y de gobierno. Hay Estados donde cada circunscripción administra por sí misma sus intereses y en que el gobierno se comunica directamente con todos sus agentes locales: en ellos no cabe más que una división simple, de un solo grado, en municipios, cantones o distritos. Hay otros Estados donde funcionan agentes políticos y administrativos de primero, de segundo y de tercer orden, escalonados, formando una pirámide,

(*c ll*) Gallois, *Régions Naturelles et Noms de Pays,* chap. XII, pag. 230.

que es una jerarquía: en ellos se requieren indispensablemente divisiones *compuestas* de varios grados, que guarden concordancia con el sistema político.

De las divisiones territoriales compuestas, la más grande, la más famosa, que ha servido de modelo a todos los Estados unitarios es la de la Iglesia Católica. Dividiendo toda la cristiandad en patriarcados, cada patriarcado en arquidiócesis, cada arquidiócesis, en diócesis, y cada diócesis en parroquias, puso indirectamente a todos los fieles, sin distinción de clases, sangre, fortuna, ni sexo, bajo la mano del pontífice de Roma, colocado en la cúspide de esta colosal pirámide. Como que el sistema unitario es una aplicación del estatuto real mucho más perfecta que el sistema federal, este gobierno eclesiástico suprimió para los efectos religiosos, todas las clasificaciones y diferencias sociales y como si viese en todos los pueblos que llevaban el sello indeleble del bautismo una masa perfectamente homogénea, los dejó sometidos a una misma ley y a una misma autoridad (*c m*).

§ 34. A primera vista sería de creer que una cosa material, esencialmente pasiva, como es el territorio, carece de virtud para ejercer influencia alguna sobre la población y que el modo de ser y de obrar de una entidad racional y activa como es la población, no puede ser determinado por el medio físico. Pero estas dos proposiciones, recíproca-

(*c m*) Según Freeman, la división territorial eclesiástica estaba ya hacia el siglo XI establecida en toda Europa occidental, y sus circunscripciones, patriarcados, arquidiócesis, diócesis, correspondían a regiones y países más o menos autónomos que existían de antemano. Mas, cuando posteriormente la carta política con sus divisiones interiores se modificó, se cambió y se reformó, la división eclesiástica fué mantenida con algunas modificaciones exigidas por los celos lugareños o nacionales. Esta subsistencia de las divisiones eclesiásticas hace que sea útil consultarlas cuando se trata de averiguar la extensión o trascendencia de algunos cambios políticos que afectaron al territorio. En ellas se puede ver que algunos Estados europeos, sin perder su personalidad internacional, se han en gran parte dislocado, cambiando no sólo sus límites sino su asiento. Freeman, *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*, liv. I, chap. VI, pag. 163.

mente complementarias, están contradichas por la tradición y la historia, porque es la verdad que todos los pueblos de la tierra, para no agravar las dificultades de la vida, siempre se conformaron y adaptaron y amoldaron a las condiciones externas en que les cupo vivir (*c n*).

Se ha observado, por ejemplo, que las necesidades impuestas a la primitiva población egipcia por las condiciones físicas de su territorio, ejercieron profunda influencia en su historia. Para comprobarlo, se ha llamado la atención al hecho singular de que los trabajos hidráulicos que regularizan las inundaciones anuales del Nilo forman un sistema cuyas partes todas se ligan de tal suerte entre sí que si se descuida una sola, todo el país perece víctima o de la superabundancia o de la escasez de las aguas. En estas condiciones se necesita que haya para todo el Egipto una dirección única que reglamente las irrigaciones. La preocupación popular, tan absurda en todo el resto del mundo, que atribuye al gobierno la responsabilidad de las buenas y de las malas cosechas, se explica en Egipto, donde en gran parte depende de la administración el rendimiento anual. Pues bien, estas singulares condiciones impusieron allí, desde muy temprano, la necesidad de la monarquía absoluta como fundamento de la unidad nacional, y en una época en que todavía no se conocían grandes naciones en ninguna otra parte del mundo, la tierra y la población egipcias aparecen sólidamente unificadas constituyendo un vasto imperio. Que la necesidad de unirse

(*c n*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. IV, cap. II, pág. 173.

Con referencia a las tribus del Africa ecuatorial, dice Cureau: «Ces collectivités y sont incitées par la pression, soit d'aptitudes de race, soit de conditions locales, géographiques, climatériques ou autres, qui ont imprimé au caractère et aux aptitudes des habitants d'une contrée une orientation analogue. Telle population est assise sur un terrain cuprifère: elle a été amenée naturellement à déterrer le mineral et à en isoler le metal. Telle autre est riveraine d'un grand fleuve: la nécessité, la force même des choses en à fait des navigateurs et des pècheurs». Cureau, *Les Sociétés Primitives de l'Afrique Equatoriale*, pag. 289.

Freeman, *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*, pag. 7 à 10.

fué lo que hizo la unificación se comprueba *a posteriori* con el hecho significativo de que cada y cuando el Estado se ha dividido, han sobrevenido la esterilidad y la miseria (*e ñ*).

Observaciones análogas nos dan la clave de la primitiva historia de Grecia. La configuración del territorio griego (dice Grote), tan semejante bajo de ciertos respectos a la del territorio suizo, ocasionó dos efectos contrarios, porque junto con ofrecer a los pueblos helénicos medios de fácil defensa, les mantuvo políticamente desunidos y alimentó los sentimientos lugareños a costa del de nacionalidad. Sin duda (agrega Curtius) la historia de cada pueblo no es la resultante fatal de las condiciones físicas en que él vive; pero tampoco es dudoso que condiciones tan acentuadas como las que caracterizan los alrededores de la hoya del Archipiélago helénico pueden imprimir una dirección particular a la vida histórica de un pueblo. En Asia, donde hay vastísimas comarcas, siempre uniformes, con un solo golpe se perturban regiones inmensas y millones de hombres tienen una suerte y una historia comunes. Pero en Grecia cada pulgada de terreno se rebela contra semejante historia porque las ramificaciones de sus montañas han formado cantones que llevan vida aislada e independiente (*e o*).

Hablando de la Fenicia, observa Pietschmann que este pueblo nunca fué una potencia belicosa y conquistadora porque su angosto territorio no podía introducirse como una cuña entre los poderosos Estados del Asia Occidental. La vertiente occidental del Líbano, llamada el Mon-

(*e ñ*) Lenormant, *Histoire Ancienne de l'Orient*, t. II, liv. I, chap. I, § 2, pag. 26.

Le Bon, *Les premieres Civilisations*, liv. III, chap. I, pag. 195.

(*e o*) Grote, *Histoire de la Grece*, t. III, 2ème Partie, chap. I, pag. 122.

Curtius, *Histoire grecque*, t. I, liv. I, chap. I, § II.

Herzberg, *La Historia de Grecia y de Roma*, pág. 3, t. II de la *Historia Universal* de Oncken.

Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. V, LIIIe leçon, pag. 175.

tenegro de la Siria, resistió siempre con grandísimo éxito, semejante a una fortaleza inexpugnable, la embestida de poderosos ejércitos enemigos. En estas condiciones, para ascender a las crestas de las estribaciones y penetrar en el corazón de aquel país montañoso, a través de angostos y escarpados barrancos, los fenicios encontraban relativas facilidades si iban en caravanas mercantiles, obstáculos insalvables si iban en son de guerra. Por la sola influencia del medio físico, se vieron precisados a vivir del mar y de la pesca, y haciéndose navegantes y mercaderes, se asimilaron rápidamente los adelantos de los demás pueblos con quienes trabaron relaciones (*e p*).

La península hispánica (observa un pedagogo) tiene un carácter geográfico muy marcado como puede notarlo quienquiera que mire en un mapa sus sistemas de ríos y montañas, sus bosques y sus llanuras; y este carácter se ha impreso desde los tiempos primitivos en la vida militar de sus habitantes: por sus condiciones físicas, España es y siempre ha sido un país fácil de defender y difícil de subyugar. Así mismo, la situación geográfica y la configuración de Inglaterra, su carácter insular y sus relaciones con el continente, la distribución de sus ríos y mesetas, sus costas, sus bahías y su carbón de piedra han ejercido grandísimo influjo en la historia, en la vida y en el carácter del pueblo inglés (*e q*).

Contraponiendo a estos hechos otros que parecen ser contrarios, Bagehot negó de la manera más categórica la influencia del territorio en las poblaciones. Entre Atenas, Esparta y Roma (observa), las influencias físicas no son sensiblemente diversas, y sin embargo, los tres pueblos aparecen separados por diferencias esenciales. En Australia, donde los ingleses y los indígenas viven bajo de un mismo clima, aun cuando trascurran mil años no pasarán los pri-

(*e p*) Pietschmann, *Historia de los Fenicios*, pág. 9, t. II de la *Historia Universal* de Oncken.

(*e q*) Hinsdale, *El Estudio y la Enseñanza de la Historia*, cap. X, pág. 179 y 180.

meros a pertenecer a la raza de los segundos. Durante largos siglos han vivido en unas mismas regiones tropicales el papú y el malayo, sin asimilarse recíprocamente ni perder sus caracteres etnológicos. A todas luces, las condiciones físicas no hacen ni las razas ni las naciones (*c r*).

A la verdad, creemos nosotros que se pueden aceptar tanto las observaciones cuanto las conclusiones de Bagehot, sin negar en absoluto la influencia de las condiciones físicas. Tal cual ha quedado incorporada en la ciencia, esta doctrina no atribuye al territorio una influencia decisiva, sino meramente modificatriz. Reconocemos que las influencias físicas tienen la virtud de imprimir formas peculiares a la manera de vivir y al carácter y a las aspiraciones de los pueblos; pero no creemos que el papú, de raza negra, se convierta en ateniense, de raza caucásica, por el hecho de residir durante algunos siglos al pie del Pireo; ni creemos que si Eneas hubiese instalado chinos en el Lacio, los descendientes hubieran desempeñado en el mundo el papel de los romanos, con su inescrupulosidad, con su empuje y con su arrogancia. Cuando afirmamos que el clima y el suelo de Viña del Mar son muy favorables para los claveles, no queremos sostener que bajo de su influencia las variedades inferiores adquieran la lozanía, la brillantez, ni la belleza de las superiores. Lo único que sostenemos es que las condiciones físicas de cada comarca, secundando la naturaleza étnica del pueblo, ejercen en él, así como en cada variedad de la rosa, una influencia modeladora (*c rr*).

Si el medio físico no ejerciera influjo en la sociedad, dice Ihering, el griego sería siempre griego y el germano siempre germano, donde quiera que se establecieran; pero en tal caso no se explicarían las diferencias que hay entre uno y otro, porque en sus orígenes arios, ambos pueblos formaban uno solo y solo más tarde, cuando se establecieron respectivamente en el territorio helénico y en el territorio germá

(*c r*) Bagehot. *Développement des Nations*, liv. III, pag. 90.

(*c rr*) Freeman. *Histoire de l'Europe par la Géographie Politique*, pág. 10.

nico, adquirieron caracteres peculiares e individualidad nacional (*c s*).

Sin aceptar los términos absolutos de la generalización de Ihering, que *el suelo es el pueblo*, creemos que toda sociedad lleva impreso en su frente el sello del país donde se ha desarrollado, porque «la vida del organismo social como la de todo organismo (observa Schaeffle), es por mitad el resultado de la acción externa de la naturaleza ambiente» (*c t*). Las llanuras dan origen a pueblos pastores y agricultores, y los países de larga costa a pueblos marinos y comerciantes. Si los pueblos mediterráneos no pueden ser navegantes ni colonizadores, no pueden ser mineros aquellos que viven en comarcas donde no hay minas. El hombre de las zonas templadas desarrolla mayor energía, más aptitud para el trabajo, más resistencia contra las adversidades, más perseverancia en los propósitos; y el de las zonas tórridas, se inclina más al ocio y a los placeres fáciles, rehuye el esfuerzo, y si es más pronto en sus determinaciones, tiene el grave defecto de ser menos perseverante en la acción. «Se ha observado con razón (dice Le Bon), que en los países cálidos es donde se han encontrado los pueblos más dóciles al yugo del despotismo» (*c u*).

No es menor la influencia que el territorio, su topografía, su extensión, su ubicación geográfica ejercen en el derecho público. Según sea el territorio más grande o más pequeño, continuo o discontinuo, insular o continental, la organización de los Estados tiene que adoptar una u otra forma. Tan imposible como es la centralización administrativa en los países más extensos, por ejemplo, en la China o en Rusia, es la descentralización en los Estados que se llaman muni-

(*c s*) Ihering, *Prehistoria de los Indo-europeos*. § 17, pág. 109 y 113.

(*c t*) Schaeffle, *Struttura e vita del Corpo Sociale*. t. I. pag. 65 e t. II, pag. 681.

(*c u*) Le Bon, *Les premiéres Civilisations*, liv. II, chap. I, pag. 135.
Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, liv. III, chap. II.
Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. VI.

cipales, porque cada uno no comprende más que un municipio. Merced a su situación insular, resguardada por la naturaleza contra las invasiones, la Gran Bretaña ha podido descuidar su ejército; pero la multitud de sus dominios, diseminados por toda la tierra, la han gravado con el sostenimiento de la más poderosa armada que la historia ha visto (*c* v).

No obstante la verdad de estas observaciones, debemos vivir prevenidos contra la doctrina materialista que supone la absoluta pasividad de la población regnícola ante la acción del medio físico ambiente. Desde el día en que la población fija su residencia, empieza ella un trabajo lento y profundo de adaptación del territorio a las necesidades de sus habitantes. Principalmente por medio de la agricultura, de la irrigación, de la minería, de la navegación y de la viabilidad, el suelo nacional va sufriendo modificaciones que lo ponen por completo al servicio de la población que no lo ha hecho suyo sino para explotarlo. Las condiciones externas, el clima, la topografía, la orografía, la hidrografía, las selvas, las costas, la producción natural, la facilidad o la dificultad de las comunicaciones, etc., etc., facilitan o entorpecen la formación y el desarrollo del Estado, pero no lo hacen nacer ni perecer, y si predisponen, no disponen, porque la voluntad humana conserva su poder para modificarlas y utilizarlas. Siendo, como es, una institución social, el Estado que vive sin duda bajo la influencia de las condiciones externas a las cuales tiene que amoldarse, nace como fruto espontáneo de la evolución de la sociedad y de

(*c* v) «La centralisation et la décentralisation, dans le gouvernement et dans l'administration, dépendent de l'étendue du territoire, du lien qui existe entre ses différentes parties, des comunications possibles, du caractère insulaire du pays. Ainsi, l'organisation des fonctions publiques ne saurait être la même dans un grand État et dans un petit.... On s'explique de la même façon que les institutions des États dépourvus de côtes soient tout autres que celles des États insulaires. Un grand nombre des institutions de l'État anglais sont dans leur essence inhérentes au droit d'un État insulaire». Jellinek, *L'État moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, nº II, pag. [illegible]

los acontecimientos; y en seguida, por medio del arte y de la industria, puede llegar a dominarlas en tanto cuanto entorpezcan su desenvolvimiento. Si la tribu primitiva está precisada a sufrirlas pasivamente, el pueblo culto es, hasta cierto punto, árbitro de su suerte porque tiene medios para reaccionar contra ellas, para contrarrestarlas, para neutralizarlas y aun a veces para hacerlas servir a su propio bienestar y progreso. Por ejemplo, la naturaleza imprime carácter minero a la población de Atacama, pero sin vencer obstáculos muy graves, el Estado podría desarrollar en aquella provincia la agricultura, el comercio y otras industrias (ẹv).

En suma, hay siempre una compenetración recíproca entre la población y el territorio: la naturaleza física somete la sociedad y el Estado a los moldes del territorio, y la actividad social y política modifica más o menos profundamente el medio ambiente.

§ 35. El Estado de Chile ejerce su soberanía sobre el largo y angosto territorio que se halla tendido en las faldas occidentales de los Andes desde el río Zama, situado en el paralelo 17°57′ por el norte hasta el Cabo de Hornos, situado en el paralelo 55°59′. Con una anchura de 170 a 400 kilómetros y una largura de 4230, esta faja mide aproximadamente una superficie de 690.356 kilómetros cuadrados, mayor que la de cualquiera nación europea si se exceptúa Rusia.

Por su situación geográfica, por su configuración topográfica y aun por su clima, el territorio de Chile es uno de los mejor caracterizados del orbe entero. Clausurado como está entre los Andes y el Océano porque en realidad no tiene más que límites orientales y occidentales, goza a la vez de las ventajas de la isla y de la tierra continental y constituye una perfecta autonomía geográfica que garantiza la independencia nacional y el desarrollo normal de su historia. Las mismas revoluciones que han mantenido a otros

(ẹv) Jellinek, *L'Etat Moderne et son Droit*, t. I, chap. IV, t. II. pag 135.

pueblos hispano-americanos en estado de convulsión crónica, han sido muy raras en Chile porque desde antes que el territorio estuviese ligado por la línea férrea, los gobiernos han podido debelarlas y aun evitarlas merced al fácil trasporte de fuerzas por la vía marítima.

Tendido desde la zona tórrida hasta la frígida, este larguísimo territorio abunda en toda clase de productos vegetales y minerales y está dividido en tres regiones perfectamente definidas: la mineral, la agrícola y la de los bosques y de la pesquería.

La región mineral, con sus inagotables depósitos de salitre y de manganeso y con sus riquísimas minas de fierro, de cobre y de plata, llega viniendo del norte hasta el paralelo 32°. La región agrícola con sus grandes viñas y haciendas de pastoreo y con sus inagotables hornagueras, se extiende más o menos entre los grados 31 y 43. Y la región de los bosques y de la pesquería abarca toda la parte meridional del territorio. Merced a tan singular variedad, las tres regiones se completan recíprocamente, el territorio tiene una aptitud insuperable para bastarse a sí mismo, y el más seguro consumidor de los productos chilenos es Chile mismo. De esta manera, mientras los productos agrícolas que exceden del consumo local alimentan a las poblaciones mineras, los tesoros extraídos de las minas han constituído algunos de los capitales con que se han formado los grandes fundos y con que se han construído los magníficos palacios en la región central de la República.

En toda la parte meridional, el territorio chileno es una simple cuesta que desde las pendientes faldas de los Andes va descendiendo hacia el oeste hasta perderse en el Océano Pacífico. Por el contrario, en la primera y en la segunda regiones, va encerrado entre dos cordilleras, la de los Andes y la de la Costa, que a veces se juntan y se dan la mano formando nudos inextricables y valles transversales, y otras se separan y corren paralelamente de norte a sur formando valles longitudinales, como el de la Pampa del Tamarugal, entre los paralelos 19 y 22 o como el de la region agricola, que mide cerca de 1000 kilómetros de largo.

La singular configuración topográfica de este territorio tiene, para sus habitantes y para la administración pública, ciertas desventajas que están más que compensadas con ventajas inapreciables. Por causa de su rápida pendiente desde los Andes al mar, sus ríos son impetuosos torrentes que repugnan a la navegación y que en invierno arrastran o debilitan los puentes y causan enormes perjuicios. En cambio, por la misma causa, se puede regar muy fácilmente todo el territorio para suplir la falta de las lluvias, que en Chile casi no caen ni en la primavera ni en el verano, y disponer de una fuerza hidráulica inexhaustible que ya se ha empezado a utilizar por la industria y que en día no lejano dará movimiento a todos nuestros ferrocarriles.

La misma naturaleza quebrada del territorio, que hace muy costoso el desarrollo de un plan general de viabilidad, ahorra al Estado los grandes gastos que la construcción y la conservación de mojones divisorios imponen en otras partes porque en Chile casi no hay circunscripción administrativa, por pequeña que sea, que no esté visiblemente limitada por lindes naturales.

Por otra parte, esta configuración general del territorio, con puertos terrestres por el oriente y puertos marítimos por el occidente, y con una población que no puede desarrollarse más que en los valles centrales, impone a la administración pública un sistema de viabilidad que no tiene ejemplo en el resto del mundo y que con ser muy simple, satisface todas las necesidades de la población y del comercio. Semejante a una espina dorsal, consiste dicho sistema en un gran camino longitudinal que corre de norte a sur por el centro poblado de la República con ramales transversales hacia los puertos de mar y de cordillera y que combina sus servicios de correos y de trasportes con los de la vía marítima. Merced a esta singularísima configuración, Chile está mejor servido con solo 5000 kilómetros de líneas férreas que otras naciones menores con 20 ó 30.000.

Por último, las altas y abruptas cordilleras de los Andes, que sólo por algunos boquetes estrechos franquean la pasada al comercio, constituyen un baluarte natural e inexpugna-

ble que nos defiende por los flancos terrestres, y un obstáculo militarmente insalvable que obliga a chilenos y argentinos a vivir en perpetua paz. De cuantos gastos, preocupaciones, inquietudes y peligros libran los Andes a Chile y la Argentina solo pueden apreciarlo aquellas naciones que viven con el arma al brazo porque tienen fronteras abiertas a los vecinos.

De los precedentes datos, se infiere que tanto bajo el respecto económico cuanto bajo el respecto militar, Chile es uno de los países más independientes de la tierra.

En este vasto territorio, cuya superficie, contando las islas adyacentes, mide más de 700.000 kilómetros cuadrados, vive una población muy escasa que relativamente aumenta con poca rapidez.

Según cálculos aproximativos la población de Chile era, hacia 1700, de solo 80.000 habitantes de origen español, y no pasaba de 120.000 hacia 1740. En el primer censo levantado en este país en 1791, fueron empadronados unos 308.846 habitantes; y en los nueve censos posteriores, los cómputos estadísticos han dado los siguientes resultados:

Años	Habitantes
1813	900.000
1835	1.010.332
1843	1.083.801
1854	1.439.120
1865	1.819.223
1875	2.075.971
1885	2.527.320
1895	2.712.145
1907	3.249.092

Si prescindimos, por su insignificancia, de la parte que en la formación de la nacionalidad chilena corresponde a la diminuta inmigración habida en el territorio, la población actual de Chile es fruto casi exclusivo del cruzamiento de

la raza conquistadora con la conquistada porque aun cuando la mujer española nunca se entregó de buen grado al macho indígena, en cambio hicieron buenas migas las hembras araucanas y los soldados peninsulares (*c z*).

(*c z*) Amunátegui, *Las Encomiendas de Indígenas*. t. II, cap. XX, págs. 261 y 266.

Barros Arana, *Historia de Chile*, t. IV, pág. 227.

CAPÍTULO CUARTO.

Las Ciudades.

SUMARIO. — § 36. La ciudad. — § 37. Habitaciones primitivas. — § 38. Los caseríos. — § 39. Carácter defensivo de las ciudades primitivas. — § 40. — La vecindad del mar. — § 41. Ciudades comerciales. — § 42. Tendencia civilizadora de las ciudades. — § 43. Las ciudades capitales. — § 44. La población rural y la población urbana. — § 45. Los Estados simples o municipales. — § 46. Extensión de los Estados. — § 47. Constitución urbana de América. — § 48. Idem de Chile.

§ 36. Por más trascendental que sea el progreso que se realiza cuando de la vida nómada se pasa a la sedentaria, jamás ha bastado él a completar la constitución del complejo organismo del Estado.

A diferencia de las instituciones civiles, como la propiedad y la familia, que en rigor pueden nacer y alcanzar algún desarrollo en el estado de relativa dispersión creado por las necesidades de la agricultura, la mayor parte de las instituciones públicas, las asambleas generales, los parlamentos, la administración superior de la justicia, las prácticas democráticas, la enseñanza, las bibliotecas, los archivos, los museos, etc., etc., suponen una mayor o menor concentración de las poblaciones.

Mientras la población vive enteramente entregada a la caza, al pastoreo y a la agricultura, el Estado no puede completar su organismo porque la dispersión de los habitantes no permite la formación de algunas de sus insti-

tuciones fundamentales y porque su arraigo definitivo solo se garantiza merced a los enormes esfuerzos que la edificación de las ciudades absorbe y a la multiplicación prodigiosa de objetos muebles, en conjunto intransportables, que la cultura urbana fomenta y requiere.

Aunque en el estado de dispersión rural rigen a la verdad costumbres jurídicas que hacen las veces de leyes, jamás se han formado legislaciones civiles ni mucho menos constituciones políticas para pueblos puramente agrícolas. Sólo cuando la cohesión social, producida por la agrupación urbana, pone término al fraccionamiento, es posible que el Estado se desarrolle con vida vigorosa. Sólo cuando el crecimiento de las agrupaciones urbanas ha desarrollado las necesidades y los intereses sociales y económicos y consiguientemente las relaciones jurídicas, es no sólo posible sino indispensable que el Estado provea por medio de la ley al desenvolvimiento correlativo del derecho.

Ya en los tiempos de mayor esplendor de la antigua ciencia política, se observó que para constituir el Estado hay en cualquiera ciudad más elementos que en todo el resto de la nación como ésta viva dispersa a la manera de los arcadios, y si en todos los países y en todos los tiempos, la minoría urbana se sobrepuso a la mayoría rural (*a*), es porque a virtud de su condensación, corresponde en primer término al pueblo de las ciudades constituir y dirigir el Estado y suministrar el personal de las instituciones públicas.

En realidad, por causa del papel preponderante que a las poblaciones urbanas corresponde en la vida política, no se puede concebir la existencia y el funcionamiento del Estado sin ciudades. Muy bien reconocieron esta preponderancia los griegos y los romanos de la Antigüedad, que siempre confundieron la ciudad con el Estado. Por efecto de una propension instintiva del espíritu a tomar por el

(*a*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 132. Aristoteles, *La Politique*, liv. II, chap. I, § 5.

todo la parte principal, ellos no tenían la menor cuenta de las poblaciones rurales. El Estado era la ciudad. Si en las lenguas románicas la palabra *ciudadano* significa, nó habitante de una ciudad, sino súbdito de un Estado, es cabalmente porque en latín la palabra *civitas* significa ciudad-Estado.

De aquí viene que al reglamentar las relaciones jurídicas de los Estados, el derecho internacional prescinde de aquellos que no han llegado a la etapa superior de la vida urbana, o si tiene alguna cuenta de ellos, es sólo para fijar la manera y forma como la civilización puede absorberlos y asimilárselos. La existencia del Estado del Congo, sin ciudades y casi sin población, es una simple y excepcional ficción jurídica, semejante a la que el derecho civil crea cuando autoriza la asignación de legados a instituciones que no existen, pero que merced a ellos pueden llegar a existir.

Si en el orden constitucional es la ciudad uno de los elementos primordiales del Estado, análoga importancia tiene en el orden administrativo. La cuasi totalidad de los servicios locales, el alumbrado, la pavimentación, los desagües, los tranvías, los teatros y diversiones públicas, las escuelas, y sobre todo, la organización municipal suponen la agrupación urbana como que nacen en las ciudades y sólo por obra de reflexión se extienden a los campos. Más aun: se puede decir que es virtud peculiar de las agrupaciones urbanas la formación espontánea de servicios administrativos. Los pueblos que viven en estado de dispersión rural pueden pasar largos siglos sin sentir la necesidad de la administración pública, o sintiéndola sólo en lo relativo a los servicios generales del Estado. Pero toda agrupación urbana, apenas formada, empieza a exigir imperativamente que se provea a su seguridad y a su bienestar. No hay fuente que genere los servicios públicos tan espontáneamente como la ciudad.

Después de referir la manera como nacieron alrededor de los castillos señoriales algunas poblaciones urbanas de la Edad Media, Thierry observa que con el tiempo com-

prendieron los señores que la prosperidad de ellas les era provechosa, y entonces empezaron a otorgarles privilegios y franquicias que sin sustraerlas de la dominación feudal, les permitían aumentar sus habitantes, su riqueza y su comercio; y de esta manera, concluye, el régimen puramente señorial se alteró por la adopción de ciertas prácticas y costumbres que tenían el carácter de instituciones públicas (*b*).

Cuando las leyes recopiladas de Indias mandaban que elegido el lugar que se quisiera poblar, el gobernador respectivo declarase si la población había de ser ciudad, villa o aldea, y conforme a la declaración, se formara el concejo, república y oficiales; y que formada una empresa de colonización, y cumplido el número de los colonos, se eligeran de entre los más hábiles justicia y regimiento (*c*); no hacían más que autorizar prácticas e instituciones que en las agrupaciones urbanas nacen espontáneamente cuando el derecho positivo no las prohibe.

Por efecto de las múltiples exigencias de las poblaciones urbanas, exigencias que responden a necesidades orgánicas de toda concentración demográfica, la administración de las ciudades, en especial de las más grandes, es mucho más compleja que la del Estado mismo. Como quiera que en el orden local no se puede pretender que la administración pública se concrete a conservar el orden, que es incumbencia principal de los Poderes nacionales, de hecho se la reconocen facultades para atender también a la seguridad, a la higiene, y a la belleza de la ciudad, y al bienestar, al recreo y a la cultura de sus habitantes, por manera que la administración social, tan combatida por los individualistas, es el fundamento justificativo y el fin por excelencia de las instituciones municipales. Suprimidos estos servicios, todos sociales, apenas tendrían ellas funciones que desempeñar en el organismo del Estado.

(*b*) Thierry, *Le Tiers Etat*, chap. I, pag. 24.

(*c*) *Recopilacion de Leyes de Indias*, lib. IV, tit. VII, leyes 2 y 19.

Para la seguridad de las ciudades, se las resguarda por circuitos de murallas, hoy inútiles ante las armas ofensivas, se las pone bajo el amparo de fortalezas que se construyen en las alturas circunvecinas, se instituyen cuerpos de bomberos contra los incendios, se levantan diques contra las inundaciones, se instituye la policía de seguridad contra los malhechores, etc., etc.

Para salubrificarlas, se limita la altura máxima de los edificios; se fija la amplitud mínima de los patios; se ensanchan, se rectifican y se pavimentan las calles; se construyen alcantarillas y cloacas; se abren plazas; se plantan árboles, se trae agua potable. En este punto es de notar que aunque la línea curva tenga más gracia, se prefiere para las calles la recta porque es la que más acorta el camino, la que más facilita el tráfico y la que da paso más expedito a la ventilación y al escurrimiento de las aguas pluviales.

Por último, se adelanta el embellecimiento de la ciudad y se atiende al bienestar, recreo y cultura de sus habitantes con la formación de paseos, jardines e hipódromos; con la construcción de escuelas, de museos, de teatros, de circos, de jardines zoológicos y con los servicios de alumbrado, de teléfonos, de correos, de telégrafos, de tranvías, de coches y automóviles, etc., etc.

Todas estas obras, instituciones, medidas, prohibiciones y servicios encarecen enormemente la vida urbana; pero a la vez la hacen más higiénica, más intensa y más agradable.

Como quiera que toda agrupación urbana impone al Estado nuevos deberes, obligaciones y cargos que en mayor o menor grado exigen o la creación o la extensión de los servicios administrativos, en muchas naciones se ha reservado a uno u otro de los Poderes Públicos la prerrogativa de declarar la organización que corresponde a cada una de las poblaciones.

En la Edad Media, esta declaración se hacía por medio de cédulas de franquicia y libertad, en que se especificaban taxativamente los privilegios y facultades que se otorga-

ban a la población favorecida. Así, en el antiguo Imperio Germánico, sólo en virtud de un privilegio real podía una población adquirir los derechos propios de la ciudad, cuales eran los de gobernarse a sí misma y de dictar reglamentos locales con fuerza obligatoria; pero sin una concesión especial, no podía fortificarse ni cargar armas (*ch*). Las *cartas forales*, tan conocidas en la historia política de España, tuvieron este mismo objeto.

En el régimen administrativo de las colonias hispanoamericanas, se siguió un procedimiento diferente que daba el mismo resultado. Después de establecerse que a cada agrupación urbana correspondía una organización política, judicial y administrativa según su importancia reconocida, se reservó a la corona, asesorada por el Consejo de Indias, la prerrogativa de darle el título de villa o de ciudad, o de dejarla reducida, por falta de declaración, a la categoría de simple caserío, villorrio o aldea (*d*). En los primeros años de la independencia, el ejercicio de esta prerrogativa pasó en Chile a manos del Poder Legislativo.

En teoría, no se puede fijar el número de habitantes de que ha de constar una agrupación para que ella pueda exigir el título de ciudad o de villa. A los principios de la conquista de América, una agrupación de 200 o 300 aventureros, con unas pocas hembras raptadas a la población indígena, se estimaba bastante para constituir una ciudad; y no se habría podido exigir mayor número sin dejar las nuevas colonias durante largo tiempo en peligroso estado de acefalía. Entre tanto, al presente en los Estados Unidos, se clasifican entre los burgos y aldeas las poblaciones que cuentan menos de 8.000 habitantes; las que cuentan menos de 2.000 se clasifican en Francia entre las poblaciones rurales; y según Jovanovic', las más grandes ciuda-

(*ch*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 81.

(*d*) *Recopilación de Leyes de Indias*, ley 6, tít. VIII, lib. IV.

des de Montenegro no cuentan más de 1.400 (*e*). Esto significa que la elevación de las poblaciones a la dignidad de ciudad está subordinada en cada país a las condiciones sociales, políticas y económicas.

En Chile no tiene al presente importancia alguna la clasificación de las poblaciones, porque la organización municipal no está subordinada al título sino al número de habitantes. Aunque una población lleve el título de ciudad o villa, elige solo nueve municipales si no cuenta en todo su territorio más de 20.000 habitantes; y aun cuando permanezca reducida a la categoría de simple caserío, elige un municipal más por cada 10.000 habitantes de exceso. La solicitud que algunas poblaciones gastan para obtener que el gobierno las reconozca como villas o ciudades es una supervivencia de una época en que a estos títulos iban vinculados ciertos privilegios, franquicias y libertades.

Es fatalidad inherente a las condensaciones urbanas la limitación de la libertad. Sea en las ciudades, sea en los campos, la vida común no es posible sino cuando los individuos se adaptan a ella sacrificando algo de su personalidad. Cuanto más grande y más densa es la población urbana tanto más sujetos se encuentran los vecinos a las condiciones restrictivas de la libertad que toda condensación demográfica requiere para existir. Por obra de esta necesidad, se van dictando unas tras otras, en las grandes ciudades, medidas que imponen la construcción de murallas corta-fuegos, que fijan el máximum edificable de cada solar, que limitan la altura de los edificios, que prohiben arrojar basuras y desperdicios a la calle, a los patios y a las cloacas, que cierran las puertas del recinto urbano a los vehículos tirados por bueyes, que castigan con multa al que va en coche, a caballo o en automóvil a mayor velo-

(*e*) Jovanovic', véase *Bulletin de la Société de Législatión Comparée* de 1889-1890, pag. 471.

Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. I. pág. 116.

Maunier, *L'Origine des Villes*, pag. 34.

cidad que la permitida, que aislan a los enfermos infecciosos, etc., etc. La razón fundamental de estas restricciones, de estas prohibiciones, de estas limitaciones está en el hecho notorio de que la vida común de las ciudades es siempre vida solidaria que establece la responsabilidad mutua de los vecinos y que, notémoslo bien, afecta profundamente a la administración de las poblaciones urbanas (*f*).

A diferencia de los simples caseríos, que se componen de habitaciones aisladas con servicios independientes, las ciudades propiamente tales constituyen sistemas orgánicos cuyas partes conexas se afectan recíprocamente. Si es verdad que toda gran ciudad consta de barrios semi-autónomos, cada uno de los cuales aspira espontáneamente a convertirse en el centro principal, también lo es que el interés de todos ellos se sirve mucho mejor por medio de la descentralización que por medio de la independencia.

A fines del siglo XVIII, la ciudad de Londres estaba dividida para ciertos efectos administrativos en parroquias, y las parroquias en distritos, cada uno de los cuales tenía un servicio especial y casi independiente de policía. La recíproca independencia de estas simples comisarías de barrio se respetaba tan rigurosamente que si un ladrón perseguido infraganti era perseguido por los guardianes de un distrito, le bastaba pasar al otro lado de la línea divisoria para quedar a salvo de la persecución (*g*). Pues bien, cuando se reconoce el carácter orgánico de las ciudades, estos absurdos no pueden ocurrir porque dicho carácter impone de la manera más rigurosa la unidad de los servicios urbanos.

En fuerza de este carácter orgánico, la administración urbana debe ser una. Si cada barrio tuviera una administración independiente, podría suceder que el uno quisiera abrir una calle y el otro no quisiera prolongarla; que éste fijara a una vía tal nivel, y aquél, otro mucho más bajo o mucho más alto; que una línea de tranvías aceptada aquí

(*f*) Rowe. *El gobierno de la Ciudad*, cap. IV, pags. [illegible].

(*g*) Franqueville. *Le Système politique de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 568.

fuese resistida allá; que el sistema de cloacas y desagües establecido por los unos se repudiase por los otros. Podría suceder, sobre todo, que no obstante la indisoluble mancomunidad que en lo tocante a la higiene hay entre barrio y barrio, uno u otro se negase por economía, por ignorancia, por capricho a establecer el servicio de salubridad con grave peligro de la población entera.

Por el contrario, cuando en respeto al carácter orgánico de las ciudades se instituye la administración una, la autoridad fija un nivel uniforme para sus calles, un rumbo general para sus líneas férreas, un sistema determinado para sus desagües, y con un solo servicio de policía, con uno solo de higiene, etc., atiende a las necesidades de la ciudad entera.

Ahora cabe preguntarnos: ¿cómo se forman originariamente las ciudades? Para resolver este problema, no tiene la sociología más método que el que las otras ciencias siguen en casos análogos: siempre que un investigador quiere saber cómo se forman las cosas, estudia primeramente el estado anterior a su nacimiento, y en seguida el proceso de su formación. En conformidad con este método, estudiemos primero el estado social pre-urbano, y no dudemos de que allí descubriremos cuáles son las necesidades sociales que precisan a los habitantes de un país a vivir agrupados formando ciudades.

§ 37. De innumerables observaciones acopiadas en los países salvajes, se infiere que las primeras habitaciones humanas, destinadas a guarecer a sus moradores contra la intemperie, son los bosques, las cortezas de los grandes árboles, las cuevas, las grutas, etc., porque semejante a los demás antropoides, el hombre no es a los principios capaz, como el castor, de construirse su propia morada y tiene que ponerse bajo el inseguro amparo de la naturaleza (*h*).

(*h*) En los siglos pasados, cuando se tenía el *Pentateuco* por la historia primitiva de la humanidad, se creía que puesto que Cain, primer hijo de Adán, fundó una y acaso siete ciudades, las hubo « desde el prin-

Bory de Saint Vincent nos informa que a la época de la conquista española, los guanches de las Canarias tenían por habitaciones favoritas las grutas (*i*): y Du Petit-Thouars dice que en el condado de Cumberland, de Nueva Holanda, no encontró una sola morada construida por los indígenas, porque todos se guarecían o en los huecos de las rocas o en las cortezas de los árboles (*j*).

Tácito creía que era costumbre peculiar de los germanos el esconderse en cuevas subterráneas para cobijarse contra la inclemencia de los inviernos; pero La Pérouse testifica que la misma costumbre tenían, a fines del siglo XVIII, los indígenas de Kamtschatka y de la bahía de Castries (*l*).

Empero, si las guaridas naturales no se encuentran en todos los parajes adonde la vida nómada lleva, ni bastan siempre cuando la tribu se desarrolla, es de presumir que bajo el impulso de ambas necesidades, el hombre se vea precisado en hora muy temprana a construirse habitaciones tanto para tenerlas donde quiera que va cuanto para darles el ensanche que el crecimiento demográfico requiere. Es

---

cipio de la creación del mundo ». Bovadilla, *Politica para Corregidores*, t. I, lib. I, cap. I.

(*i*) Bory de Saint Vincent, *Les Isles Fortunées*, chap. II, pag. 84.

(*j*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. III, chapitre XVIII, pag. 275.

(*l*) Tácito, *Germania*, XVI.

La Pérouse, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 65.

Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. II, Década III, cap. X.

Las tradiciones que los pueblos antiguos conservaban de los primeros habitantes de Europa, acreditaban que éstos no hahían tenido ni carros, ni casas, que no habían conocido el arte de edificar y que habían vivido en grutas, cavernas y cuevas. D'Arbois de Jubainville, *Les premiers habitants de l'Europe*, t. I, liv. I, chap. I.

Lubbock, *L'Homme Préhistorique*, chap. X.

Oviedo atestigua que los indios de la isla Española « vivían en cavernas o espelúncas soterrañas e fechas en las peñas e montes. . . . y eran contentos. . . ni pensaban edificar otras casas ». Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. I, lib. III, cap. XII, pag. 90.

precisamente lo que Bory de Saint Vincent certifica respecto de los guanches.

Destinadas a servir de guaridas contra las inclemencias del tiempo, las habitaciones primitivas se construyen de troncos y ramas de árboles y en su construcción no se emplean para nada ni el adove, ni el ladrillo y ni aun la piedra en estado natural.

En todos los países más salvajes, una casa se construye en unas pocas horas porque se compone de unas cuantas ramas de árbol apoyadas con cierta inclinación alrededor de un tronco sin labrar, figurando un cono sentado sobre su base. Tales han sido las habitaciones de los aborígenes de Chile, según Barros Arana (*m*); de los indios pescadores que habitaban en las costas australes de este territorio, según Medina (*n*); de los fueguinos, según Darwin (*ñ*); de los pampas, según Alonso de Ovelle y Azara (*o*); de los charrúas, según Araujo (*p*); de los chiriguanos de Bolivia, según Nino (*q*); de los chorotis y de los ashluslayos del

(*m*) Según la descripción que Rosales hace de las habitaciones de los araucanos, Rosales, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XXIV, y Zerda de las de los chibchas, *El Dorado*, cap. XII, pág. 74, ellas eran muy superiores a las que dejamos mencionadas; pero ignoramos si estos indios las habían mejorado por obra de un progreso auchtóchtono o por influencia de las civilizaciones incásica y española. Según Barros Arana, a la época de la conquista, los indígenas de Chile vivían dispersos en los campos o apiñados en las cuevas, cubiertos con cueros de animales. *Historia de Chile*, t. I, Parte II, cap. III, § 8,

(*n*) Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. V, pág. 84 y cap. VIII, pág. 158.

(*ñ*) Darwin, *Voyage d'un Naturaliste*, pag. 228.

(*o*) Alonso de Ovalle, *Histórica Relación*, lib. III, cap. VII, pág. 177.

(*p*) Araujo, *Historia de los charrúas*, t. I, cap. XXIII, pág. 132. Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X.

(*q*) Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. VI, pág. 176.

Chaco, según Nordenskiold (*r*); de los indígenas de la Isla Española, según Oviedo (*s*); de los guanches, según Bory de Saint Vincent (*t*); de los caledonios, según Jornandes (*u*); de los indígenas de Kamtschatka, según La Pérouse (*v*); de los de Australia, según Salvado (*x*).

(*r*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 35.

(*s*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. I, lib. VI, cap. I, pág. 163.

(*t*) Bory de Saint Vincent, *Les Isles Fortunées*, chap. II, pag. 84.

(*u*) Jornandes, *Histoire des Goths*, chap. I, pag. 173.

(*v*) La Pérouse, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 65.

(*x*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. III, pag. 47 et t. VI, chap. VII, pag. 271.

Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década I, lib. IX, cap. II.

Es de advertir que en los pueblos más adelantados o menos bárbaros que vivían en Nueva Granada hacia la época de la conquista española, todas las habitaciones de los caciques eran verdaderas y vastas fortalezas, pero en su construcción no se empleaba otro material que la madera.

Fernández de Oviedo dice « que en la provincia de Bogotá eran dignos de notarse los edificios, los cuales estaban construídos de madera y a modo de fortaleza o alcázar, cercados de muchas cercas por de fuera y por de dentro, y de tal arte que quieren parecer aquella pintura que suelen los vulgares llamar *labyrinto*; y hay muchas cosas que ver en esos edificios, los cuales son de los señores y cada uno es mejor edificado cuanto es mayor su dueño ». Oviedo, *Historia General y Natural de Indias*, t. II, lib. XXVI, chap. XXIII, pág. [illegible]

En la capital del cacique Bogotá había casas muy bien labradas, cercadas de haces de cañas, y entre ellas se distinguía la suya, rodeada de dos cercas a gran distancia una de otra. Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. III, Década VI, lib. I, cap. II, pág. 214.

Los moscas fabricaban sus casas de madera, con techo de paja, y las de los caciques eran « como alcázares con muchas cercas alrededor a manera de laberinto ». Herrera, ob. cit., t. III, Década VI, lib. V, cap. VI.

En la provincia de Anserma, a cuatro leguas de esta población hacia el occidente, cerca del río Santa Marta, había un pueblo cuyo cacique Cirichia « vivía en unas buenas casas con una plaza delante, cercada de las cañas

Constrúyense las habitaciones primitivas de ramas o troncos de árboles no solo porque el salvaje ignora la manera de utilizar otros materiales más sólidos sino también porque a causa de su nativa imprevisión, que no se cura ni del porvenir ni de su posteridad, no pretende que duren más de una estación.

Su misma vida nómada le precisa a evitar en sus habitaciones el empleo de materiales sólidos que en parte le coartarían la libertad de sus movimientos. Con referencia a los indígenas de Popayán, Nueva Granada, dice Cieza de León, que como el enemigo los apretara, quemaban las casas de madera y paja en que moraban y se trasladaban a una o dos leguas de distancia, y en tres o cuatro días construían otra.

Sin datos suficientes para hacer una inducción positiva, creemos que los materiales incombustibles se empiezan a em-

---

muy gruesas » que por allí se hallaban. Herrera, ob. et. loc. cit., lib. VI, cap. VI, pág. 325.

Cuando Jorge Robledo pasó (1539) el Magdalena y atravesó la provincia de Pícara, llegó al pueblo de Pozo, « donde los señores caciques tenían a las puertas de sus casas grandes fortalezas de las cañas gordas ». Herrera, ob. et. loc. cit., lib. VIII, cap. I, pág. 356.

Según Oviedo, los alcázares del cacique Guaramental, en el pueblo llamado Anoantal, estaban cercados de tres muros de árboles gruesísimos, entre los cuales corrían entretejidos unos cordones de espinas. Dentro de estos muros o adarves, estaban las habitaciones del cacique, de sus mujeres y de su servidumbre; y por de fuera e por de dentro de la primera muralla hacen la guardia de noche los gandules ya dichos ». Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias,* t. II, lib. XXIV, cap. XII, pág. 254.

En Méjico y en el Imperio de los Incas las fortalezas eran generalmente de piedra, material que se ha de empezar a emplear antes que el ladrillo.

El mismo Oviedo dice que cuando Francisco Pizarro se dirigía a Cajamarca, en busca de Atahualpa, cada día pasó por pueblos « con su casa grande cercada como fortaleza »; que al llegar a una ciudad, encontró una fortaleza « cercada con piedra muy fuerte », y que « se aposentó en una casa fuerte, cercada de piedra labrada a manera de gentil cantería... e tan ancho el muro que cualquiera bien fundada fortaleza le avria por muy bueno ». Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias,* t. IV, lib. XLVI, cap. IV, págs. 160 y 161.

Cieza de León, *Crónica del Perú,* cap. XIII, pág. 366 y cap. XXI, pág. 372.

plear originariamente en obras, como los templos y las murallas urbanas, que se construyen para la defensa común y que las primeras habitaciones que con ellos se construyen han de ser las casas de los jefes, destinadas a servir de fortalezas contra los enemigos y de refugio al pueblo entero. En comprobación podemos citar unos hechos ocurridos en la Antigüedad, y otros ocurridos en las Indias Occidentales. Según Mommsen, las primeras fundaciones de Italia, anteriores a las ciudades, fueron fortalezas que servían de lugares de refugio a las poblaciones; y según Herrera, la casa del cacique Comagre, en Nueva Granada, a 30 leguas del Darien, fundada sobre muy gruesos postes, estaba cercada por un muro de piedra (*y*).

Cuando Tucídides observa que en los primeros siglos «todos los griegos iban armados porque en los caminos no había seguridad y las habitaciones carecían de defensas», bien claro deja entender que más tarde se las construyó en forma que sirviesen de amparo a sus moradores, esto es, con materiales incombustibles. A su vez, observa Mommsen que según se infiere de numerosos indicios, en los primeros tiempos de Roma, las habitaciones de las familias más poderosas se construían a manera de fortalezas y como para que sirvieran de base a la defensa. Cuando la plebe romana increpó a Valerio el que con pretensiones monárquicas se construía en una altura una casa que iba a ser un castillo inexpugnable (*z*), acaso el edificio sospechoso era inferior a la casa de cualquier modesto republicano de Chile, y no se la atribuía el carácter de fortaleza sino porque en su construcción se introducía la novedad de los materiales incombustibles. La suspicacia venía presumiblemente de que en los primeros tiempos de la República, la futura capital del mundo no era todavía más que una miserable ran-

(*y*) Salvado, *La Australia*, 3ª Parte, cap. X, pág. 359.

(*z*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, pag. 68.
Tito Livio, *Décadas*, t. I, lib. II, pag. 111.
Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. VI.

chería. A nuestro juicio, el empleo de los materiales incombustibles no se generaliza en los edificios particulares sino muy tardíamente, ora bajo la inspiración del peligro, ora bajo la inspiración del ejemplo. Naciones semi-bárbaras se han conocido, como los chibchas de Bogotá, donde a pesar de estar muy desarrollada la edificación urbana, no se ha encontrado ni una sola habitación particular que no fuese de madera (*a a*).

Desde los ranchos pajizos que se construyen en un par de horas, hasta los grandes palacios cuya construcción dura largos años, la arquitectura de las habitaciones es modelada por las costumbres, por los gustos dominantes y por el estado de la civilización. El rancho construído de ramas y troncos no labrados, sin cimientos y sin solidez, revela al salvaje nómade e imprevisor, que vive al día, que no tiene bienes muebles que guardar, y que no se preocupa de su posteridad. El palacio de ladrillo o piedra revela al hombre civilizado que vive más para sus hijos y descendientes que para sí mismo y que necesita tener para su comodidad y recreo una habitación alhajada con libros, cuadros, curiosidades y numerosos muebles más o menos costosos.

En muchos países salvajes, la habitación es, según veremos, un gran caramanchón sin divisiones interiores, donde suelen vivir centenares de personas de ambos sexos y de todas edades. Tales habitaciones suponen costumbres comunistas, la promiscuidad sexual y el impudor de sus moradores.

Por el contrario, la casa de los pueblos cultos se caracteriza por la multiplicidad de divisiones interiores que se establecen no sólo para separar a los solteros de los casa-

(*a a*) « Los capitanes Lebrija y San Martín, dicen en su relación, « que aunque de paja, la población de Bacatá podría pasar por una de las más bellas de las que se habían encontrado en las Indias ». Zerda, *El Dorado, estudio histórico, etnográfico y arqueológico de los Chibchas*, pág. 74. En seguida agrega Zerda que en 1847 se encontraron ruinas del único edificio de piedra que los chibchas dejaron y que parece haber sido un templo.

dos y las hembras de los varones, sino también para consultar la comodidad, la higiene y aun la diversa destinación de las habitaciones.

Sin duda, cada una de las artes se puede hacer servir a manera de instrumento para graduar la cultura de los pueblos. Pero ninguna lo pone de manifiesto tan instantánea y tan visiblemente como la arquitectura. Con la misma madera con que el bárbaro construye un efímero y tosco caramanchón, construye el suizo un hermoso, cómodo y duradero *chalet*. Con la misma piedra con que en París se construye un palacio maravilloso de líneas graciosas, se construye en Chicago y en Santiago de Chile un edificio pretensioso y churrigueresco. Sin necesidad de que sea muy profundo observador, un viajero cualquiera no tiene más que mirar por dentro y fuera las habitaciones de un pueblo para apreciar a ciencia cierta sus hábitos morales, sus prácticas higiénicas, el repartimiento de la riqueza nacional y el estado de su cultura.

«La historia de la habitación, se ha dicho, es la historia de la civilización misma. Hay un paralelismo no interrumpido entre los perfeccionamientos de la habitación y el grado de desarrollo intelectual y social de los pueblos. Si estudiáramos con este criterio la historia del hogar, veríamos cuán considerable ha sido siempre el influjo de la habitación sobre el estado social de los pueblos y viceversa, cuán claramente se refleja el estado social en la elección de materiales, en los procedimientos de construcción y en el arreglo interior de los departamentos, por manera que el carácter de cada sociedad aparece tan de manifiesto en su arquitectura como el del hombre en su fisonomía» (*a b*).

§ 38. Hemos observado más arriba (§ 15) que para garantizar la recíproca defensa, los salvajes andan siempre agrupados y que jurídicamente estas agrupaciones se perpetúan hasta grados muy altos del desarrollo social.

Pues bien, las primeras habitaciones construídas por la

(*a b*) Bertrand, *Le Logement de l'ouvrier et du pauvre*. Préface par Paepe, pag. XIII et XIV.

mano del hombre aparecen claramente dispuestas en forma que la agrupación jurídica se perpetúe también materialmente sin dispersarse. Sin excepción alguna, se ha observado en todos los países bárbaros que cuando empieza la edificación doméstica, los consanguíneos se agrupan en el terreno alrededor de su patriarca o de su jefe como para estar siempre prontos a la defensa y a la demanda de auxilio.

Con el ostensible propósito de facilitar el más rápido agrupamiento de los consanguíneos, los pueblos salvajes construyen habitaciones de dos tipos muy diferentes: las unas son enormes caramanchones o barracas con capacidad para albergar *gentes* y aun tribus enteras; y las otras, de mucho menor extensión, se construyen formando caseríos de comuneros-consanguíneos.

Entre los antiguos araucanos, según Guevara, los ranchos de los caciques más ricos y poderosos medían hasta 20 metros de largo y 10 de ancho y entre los guanás del Paraguay, según Azara, cada caramanchón, sin divisiones ni mamparas interiores, servía para doce familias (*a c*).

Algo análogo atestigua Nordenskiold de los chacobos y de los chiriguanos de Bolivia y de algunos indígenas del Brasil: sus habitaciones, dice, eran tan grandes que cada una podía albergar un centenar de personas (*a d*).

Con referencia a los indígenas de Nueva Granada, dice Herrera, que sus chozas medían cien pies de largo y veinte de ancho; y con referencia a los de Venezuela, dice que «las casas en que moraban eran comunes a todos, y tan capaces que cabían en ellas seiscientas personas» (*a e*).

(*a c*) Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, t. I, cap. VII, pág. 200.

Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 79.

(*a d*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. XI, pag. 151.

Garcilaso de la Vega, *Comentarios reales de los Incas*, lib. VIII, cap. XVII, pág. 245 y 246.

(*a e*) Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década I, lib. IV, cap. I, pág. 82, y lib. IX, cap. II, pág. 192, y t. IV, Década VIII, lib. IV, cap. XI, pág. 277.

Análogamente, Porto Seguro dice de los tupis del Brasil, que a veces la población entera construía para sí un solo rancho, sin divisiones interiores, donde cabían hasta 200 personas (*a f*).

Lubbock, dice que en el Ude los tihures viven en grandes barracas donde todo es común; y La Pérouse declara haber medido en las islas de Pascua una habitación larga de 110 pies, ancha de 10, « a la cual no se podía entrar sino a gatas por dos puertas que no tenían más de dos pies de altura » (*a g*).

Usos análogos tuvieron los bárbaros de otras edades. En las ruinas prehistóricas de ciertas comarcas de Norte América, se han encontrado escombros de barracas sin divisiones interiores, donde pudieron albergarse 500 y hasta 1000 personas, y Mommsen certifica que los nombres itálicos de la voz *casa*, cuales eran primitivamente *vicus* y *pagus*, suponen la habitación común de un *clan* entero y por efecto de una transición muy explicable, acabaron por significar villorrio y caserío (*a h*).

Mucho más general parece ser el caserío.

Cuando los españoles llegaron a Chile (1536-1540), encontraron en estos valles unos caseríos que se distinguieron con el apelativo de *pueblos*, *tolderías* o *rancherías*. Cada uno se componía de 15 a 20 ranchos y era habitado por un solo cacicazgo. Medina menciona con sus nombres propios más de 100 (*a i*).

(*a f*) Porto Seguro, *Historia Geral do Brazil*. t. I, cap. III, pag. 33. Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage et de la Famille*. chapitre VIII, pag. 181 à 184.

(*a g*) La Pérouse. *Voyage autour du Monde*. t. II, pag. 88.

(*a h*) Mommsen, *Histoire Romaine*. t. I, liv. I, chap. III, pag. 45. Giraud-Teulon, *Origines du Mariage*. chap. VIII, pag. 181 à 183. Maunier. *L'Origine et la Fonction économique des Villes*. liv. I, chap. III, pag. 65 à 69.

(*a i*) Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VIII, págs. 157 y 159. Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*. lib. II, cap. I, pág. 58. Según Azara, entre los charrúas del Uruguay, se llamaba *toldo* a la

La misma práctica parecen seguir hasta hoy los chiriguanos de Bolivia, y los chorotis y los ashluslayos del Chaco (*a j*).

En la isla de Timor, según Freycinet, casi no se encuentran habitaciones aisladas porque todas se agrupan formando caseríos « como lo exige en un país semi-civilizado la necesidad de prestarse recíproco auxilio en los casos de irrupción súbita del enemigo » (*a l*); y en Tonga, según Letourneau, cada jefe tiene su morada en el centro de una plantación, rodeada de habitaciones para sus familiares (*a m*).

En caseríos vivían también agrupados los antiguos germanos (*a n*); y según Gibbon, en caseríos se agrupaban por tribus los tártaros, y según Costa, los celtíberos (*a ñ*).

Cuando la naturaleza o la comunidad rural lo exige,

---

casa, y *toldoría* « al pueblo o conjunto de muchos toldos ». Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 14. El Diccionario de la Academia dice *toldería*.

Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. V, pag. 201.

Amunátegui, *Las Encomiendas de Indígenas*, t. I, cap. I, págs. 45 a 48.

« La aldea, dice Cornejo, (nosotros diríamos el caserío), la aldea es la forma original y natural en que las comunidades se establecen; no crea sino que conserva los vínculos » de consanguinidad que de antemano existen en la tribu... « Cuando el clan familiar se fija permanentemente en un territorio, crea la aldea; así es que esta es la más antigua de las formas de concentración territorial ». Cornejo, *Sociología General*, t. I, cap. X, págs. 407 y 408.

(*a j*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. XI, pag. 151.

Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. VI, pág. 170.

(*a l*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 627.

(*a m*) Letourneau, *De la Propriété;* pag. 87, 88 et 90.

(*a n*) Tácito, *Germania*, XVI.

Schulte, *Histoire du Droit des Institutions de l'Allemagne*, § 9, II.

(*a ñ*) Gibbon, *Histoire de la Décadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. XVI.

Costa, *Introducción a un tratado de Política*, págs. 240 a 242.

esta agrupación por caseríos, suele perpetuarse hasta grados muy altos de la civilización. En Rusia, el temor a las bestias feroces y a las dificultades con que el hombre aislado tropieza durante el invierno para subsistir, han hecho que la población rural se agrupe en caseríos de 60 a 80 hogares (*a o*); y en la India, fuera de los centros de mayor cultura, la población está repartida en caseríos, cada uno de los cuales es habitado por comuneros de los terrenos circunvecinos (*a p*).

Empero, si la necesidad de la defensa recíproca, fortalecida por las relaciones de consanguinidad, induce a construir las habitaciones cercanas unas de otras, ésta no es razón para construirlas contiguas. Por causa de la inflamabilidad de los materiales ligneos de construcción, los caseríos primitivos están siempre expuestos a la voracidad de los incendios, y el peligro permanente de que el fuego consuma la población entera forma en hora muy temprana una invencible predisposición contra la contigüedad de las habitaciones.

De los araucanos, dice Rosales, que no hacían sus casas juntas, en forma de pueblos, porque los hechiceros les habían prevenido que el enemigo los acabaría más a priesa si los encontraba agrupados (*a q*); y de los indios de la Castilla de Oro, dice Oviedo, que algunos vivían desparcidos

(*a o*) Hepworth, *La Russie Libre*, chap. XXXVIII; pag. 274.

Laveleye observa que aun cuando en la Rusia slava no se construyen nunca las casas contiguas entre sí, tampoco se las construye aisladas en medio de los campos. El nombre del caserío ruso, *derevnia*, tiene la misma raíz que el alemán *dorf* y el francés *troupe* o *trupeau* y significa reunión o agregación hecha para la protección mutua. Los hombres en las épocas primitivas, concluye Laveleye, han menester agruparse para resistir en común a los ataques de los enemigos y de los animales feroces, así como para explotar colectivamente la tierra. Laveleye, *De la Propriété*, chap. II, pag. 17.

Cornejo, *Sociología General*, t. I, cap. IX, págs. 407 a 409.

(*a p*) Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du Droit*, pag. 150 à 156.

(*a q*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXVI, pág. 150. Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. I, cap. IV, pág. 19.

en valles y laderas, y otros en las sierras, donde formaban como barrios, construyendo, sin embargo, « unas casas desviadas de otras ». Lo mismo dice de los panches, vecinos de Bogotá, que construían sus casas « apartadas unas de otras, puestas en oteros y cerros » (*a r*).

En la isla de Timor, toda la población vive en caseríos que permiten a sus habitantes auxiliarse recíprocamente en caso de peligro, pero las habitaciones agrupadas están separadas entre sí por anchas fajas y rodeadas ordinariamente de árboles (*a s*). En Sumatra, en Borneo y en Java, no se ve una sola casa que no esté cercada de jardines (*a t*). Igualmente aisladas, pero cercanas, se construyen las habitaciones de cada caserío en la India (*a u*) y en la Slavia rusa (*a v*).

Con referencia al Montenegro, dice Jovanovic', que no se puede dar el nombre de ciudades a sus agrupaciones urbanas; que sus mayores poblaciones no cuentan más de 1400 habitantes; que sus llamadas calles son simples caminos, y que sus casas se construyen siempre aisladas entre sí y en

(*a r*) Oviedo, *Historia General y Natural de Indias*, t. III, lib. XXIX, cap. XXVII, pág. 131, y t. II, lib. XXVI, cap. XXIV, página 392.

« En estas provincias (las del Darien) no había pueblos grandes, sino cada principal tenía en sus tierras tres o cuatro casas, o más, según era: éstas, juntas, y así a vista unas de otras: cada uno donde sembraba allí hacía su casa ». Medina, *El Descubrimiento del Océano Pacífico*, t. II, pág. 194.

Cuando los castellanos, capitaneados por Núñez Balboa, (1512) emprendieron la primera expedición contra el cacique Dabaibe, llegaron, según Herrera, « a un pueblo de 500 casas, apartadas una de otra ». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década I, lib. IX, cap. VI, pág. 200; y en Ancerma, Nueva Granada, según Cieza de León, las casas se construían desviadas unas de otras. Cieza de León, *Crónica del Perú*, cap. XVI, pág. 369.

(*a s*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 627.

(*a t*) Rienzi, *La Oceanía*, t. I, pág. 84.

(*a u*) Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 150.

(*a v*) Laveleye, *De la Propriété*, chap. II, pag. 17.

ciertas comarcas, tan dispersas, que no se puede aceptar que formen parte integrante de ciudad alguna (*a x*).

Por último, para evitar la acumulación excesiva de datos análogos, bástenos observar que la misma preocupación de los araucanos tenían los antiguos germanos, porque para prevenir los incendios, dice Tácito, evitaban agruparse en ciudades y acostumbraban a construir sus habitaciones separadas entre sí por solares abiertos, más o menos grandes (*a y*)

Presumiblemente de estas preocupaciones primitivas provino la repugnancia que en los pueblos más cultos de la Antigüedad había contra la medianería. En todos ellos, como para prevenir un gran peligro, la religión, las costumbres y las leyes prohibían la contigüedad de las casas. « Ay de los que juntais casa a casa y añadís tierra a tierra hasta el término del lugar! » apostrofaba Isaías (*a z*) contra los acaparadores de predios urbanos.

En Roma, la ley prohibió siempre que las casas se tocaran fijando hacia los últimos tiempos, en dos pies y medio la faja mínima de terreno que se debía dejar entre ellas; y en Atenas, todo muro de circunvalación se debía construir a un pie de distancia de la línea divisoria, y todo muro de casa, a dos pies (*b a*).

Por su naturaleza anorgánica, el caserío es la forma embrionaria que las poblaciones urbanas tienen cuando nacen

(*a x*) Jovanovic', *Bulletin de la Société de Legislation Comparée* de 1889-1890, pag. 471.

(*a y*) Tácito, *Germania*. XVI.

(*a z*) Isaías, *Profecías*, cap. V, § 8.

(*b a*) Según una descripción de Roma, fundada en datos oficiales y hecha el año 357 de nuestra Era, se contaban en la ciudad, a principios del siglo IV, 1790 palacios y 46.602 *insulae*, islas, esto es, casas aisladas. Marquardt, *L'Organisation financiere chez les Romain*. pag 175. Este aislamiento venía de muy atrás porque en los primeros tiempos de Roma, según Mommsen, cada *pater familiae* disponía de dos yugadas de terreno, en cuyo centro tenía su casa. *Histoire Romaine*. t. I, pag. 206 et 250.

Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*. liv. II, chap. VI.

Letourneau, *De la Propriété*, pag. 323.

espontáneamente. Solo aquellas que se fundan con arreglo a un plan deliberado, de ordinario por obra del Estado, nacen divididas en calles que distribuyen a los habitantes en cuadrángulos más o menos simétricos, que facilitan la ventilación y la salubrificación de la ciudad entera y que unen entre sí los barrios más extremos.

« Sacando la ciudad del Cuzco y algunos otros lugares grandes que tenían forma de pueblo, dice Cobo, todos los demás no la tenían, sino que las casas estaban amontonadas sin orden ni correspondencia... cada una aparte, sin trabar ni continuarse entre sí, de modo que no formaban calles ni plazas ». Eran como recogederos de bestias, observa Garcilaso de la Vega (*b b*).

Parecidas observaciones hizo Torquemada en Guatemala. Según el testimonio de dicho cronista, predominaban en aquel país los caseríos porque no había llanuras donde hubiesen podido formarse ciudades regulares. Aun los pueblos que hacían cabeza de los cacicazgos y que tenían algún concierto no pasaban de ser acumulaciones confusas de 100 a 200 habitaciones (*b c*).

En su *Viaje al rededor del mundo,* el célebre navegante Freycinet habla de los caseríos que encontró a su paso. Con referencia a la isla de Timor, dice que las habitaciones estaban aglomeradas sin simetría alguna y que el caserío de Cupang contenía como unas 400 cabañas levantadas sin regularidad alguna; y con referencia a las islas de Sandwich, dice que uno de los pueblos más importantes, cual era Kayakakúa, se componía igualmente de unas 400 habitaciones todas dispersas, sin orden y sin calles (*b ch*).

Sería inoficioso multiplicar las citas análogas.

(*b b*) Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. IV, lib. XIV, cap. III, pág. 163.

Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, lib. I, capítulo XII, pág. 14.

(*b c*) Torquemada, *Monarquía Indiana*, t. I, lib. III, cap. IV, pág. 249.

(*b ch*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 627, et t. II, pag. 552.

Para Sumner Maine, no es dudoso que estos caseríos primitivos, compuestos de habitaciones cercanas pero aisladas y dispersas, son los primeros gérmenes de agrupaciones urbanas que merced al crecimiento demográfico y a la apertura de calles regulares, suelen llegar a convertirse en ciudades. Es presumible, dice, que muchas ciudades de Europa hayan tenido sus orígenes en antiguas comunidades de aldea; y sin duda alguna, no otros han sido los de la mayoría de las ciudades de la India, y en particular los de la mayor de todas, Calcuta, que no es más que una aglomeración de aldeas. Esta observación inferida de la constitución urbana de la India, es plenamente corroborada por el estudio de ciertas etimologías latinas. En latín se daba el nombre de *vicus*, de donde viene *vicinus*, vecino, al villorrio, pero el mismo nombre se empleaba en el sentido de *barrio*, por manera que para los latinos, la ciudad no era en el fondo más que una aglomeración de villorrios (*b d*).

Estos orígenes enteramente espontáneos de las primitivas agrupaciones urbanas ponen de manifiesto cuán infundadas son aquellas tradiciones que corrían en los pueblos antiguos, según las cuales las ciudades se habían construido de propósito deliberado. Sin negar que en estados sociales más o menos avanzados se hayan fundado deliberadamente algunas ciudades, creemos que no hay motivo suficiente para atribuir a Manco Capac la fundación de Cuzco, ni a Cécrope la de Atenas, ni a Hércules la de Sevilla, ni a Rómulo, ni a Remo, ni a nadie la de Roma. A nuestro juicio, las ciudades cuyos orígenes remontan a tiempos prehistóricos no han sido, en general, fundadas deliberadamente sino que se han formado por la vía del desarrollo espontáneo, como lo prueba su absoluta falta de simetría. Presumiblemente han sido los escombros soterrados de las murallas de circunvalación los que han inducido en la creencia de que en las más famosas ciudades de la Antigüedad fue-

(*b d*) Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, pág. 15[illegible]. Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pág. 9. Maunier, *L'Origine des Villes*, pág. 68, 70 et 71.

ran fundadas con propósito deliberado, porque no se ha advertido que las murallas se han podido construir o bien al nacer la ciudad, o bien cuando ya contaba siglos de existencia. Los pueblos atrasados, que no tienen idea alguna de la potencia de las fuerzas sociales, no pueden explicarse la existencia de las ciudades nacidas en siglos prehistóricos sino atribuyendo su fundación a personajes míticos (*b e*).

§ 39. Según las tradiciones griegas, cuando Cadmo erraba en busca de su hermana, salió de Delfos tras de un buey, que después de mucho vagar se echó de cansancio en cierto sitio. Cadmo dió al paraje el nombre de Beocia y por consejos del oráculo, allí mismo fijó su residencia.

(*b e*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios de los Incas*, lib. I, capítulos XVI, XVII y XX.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. IV, liv, III, chap. XIV, pag. 57.

Sobre las múltiples y contradictorias tradiciones relativas al supuesto fundador de Roma, véase Dionisio Halicarnaso, *Antiquités Romaines*, t. I, liv. I, chap. XVI, pag. 157 à 159.

En nuestra obra, *La Evolución de la Historia*, t. II, pág. 118, hemos resumido el relato de Dionisio.

Tarde dice en contra de nuestra doctrina: «Toutes les fois que nous pouvous remonter à l'origine d'une ville antique ou moderne, de n'importe quelle partie du monde, nous découvrons qu'elle a été non pas l'oeuvre impersonelle et anonyme d'une foule, mais l'oeuvre d'un homme». Tarde, *Les Transformations du Pouvoir*, pag. 90 et 91. Pero es la verdad que la historia verdadera no nos ofrece medio alguno que nos permita conocer los orígenes de las grandes ciudades de la Antigüedad.

En las obras de la Antigüedad abundan los datos que dejan colegir que aquellas ciudades que más brillaron en la historia fueron originariamente simples caseríos. Cuando Aristóteles dice que fué Hippodamus de Mileto, hijo de Euryphon, el primero que tuvo la idea de dividir las ciudades en calles, bien deja entender que en los tiempos anteriores cada población no era más que una aglomeración de habitaciones sin orden ni concierto. Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. V, § I. De Roma, dice Tito Livio, que después de haber sido incendiada por los galos, cada cual reedificó su hogar donde quiso sin respetar la línea recta y sin dejar calles regulares. Tito Livio, *Décadas de la Historia Romana*, t. II, lib. V, página 185, y Bergier agrega que en realidad la ciudad dominadora del mundo no se vino a regularizar sino después de haber sido incendiada y reconstruída por Nerón. Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, t. II, liv. V, chap. V, § 5 et 7.

Así mismo referían aquellas tradiciones que cuando Perseo andaba en busca de un lugar para fundar una ciudad, se le cayó el pomo de su espada; y en la certidumbre de que este accidente era claro indicio de la voluntad de los dioses, resolvió construir allí mismo la ciudad de Micenas, nombre que literalmente significa *pomo de espada*.

Si estas tradiciones tuvieran algún fundamento positivo, cualquiera podría inferir de ellas que la elección de sitios para fundar las primeras ciudades de Grecia fué obra de accidentes fortuitos. No fué otra la conclusión a que llegó el erudito Goguet, dado que después de haberlas relatado, puso término a su relato exclamando: « ¡Tales eran los motivos que en aquellas remotas edades movían a obrar! » (*b f*).

Otras leyendas, tanto de Grecia como de otros pueblos, atribuían origen diferente a la fundación de otras ciudades de la Antigüedad. Según Philicoro, citado por Strabon, como el Atica fuese de continuo asolada por las incursiones de los beocios, Cécrope imaginó defender la población indígena agrupándola en doce ciudades, la cuales se refundieron posteriormente a iniciativa de Theseo en una sola que floreció con el nombre de Atenas. Con un propósito igualmente defensivo, se supone haberse construído la primera ciudad, la de Enochia, que según las tradiciones mosaicas hubo en el mundo. « Qué razón tuviera Cain para fundarla, dice Torquemada, no se sabe y solo se puede congeturar de dichos y parecer de sabios que fuese por asegurarse de sus enemigos que podían hacerle mal porque como fratricida que era, le parecía que su pecado había de tener castigo (*b g*).

(*b f*) Goguet, *Origines des Lois, des Arts*, etc., t. III, liv. I, chapitre IV, arts. III et IV.

Según Pausanias, otras tradiciones referían que Perseo había dado a la ciudad el nombre de Micenas porque debajo de una callampa, que también se llama *Mycès*, encontró agua para apaciguar la sed. Pausanias, *Voyage Historique*, t. I, liv. II, chap. XVI, pag. 183.

(*b g*) Si Cécrope agrupó los habitantes en doce ciudades, fué presumiblemente porque encontró la población dividida en doce tribus. El

¿Cuáles de estas tradiciones merecen más crédito, las que atribuyen al acaso la fundación de las ciudades o las que la atribuyen a un propósito de defensa?

Los autores políticos están, por lo general, de acuerdo en que los hombres de las primeras edades se agrupan en poblaciones precisamente para organizar mejor la defensa recíproca contra los enemigos (*b h*); y no es dudoso que en cualquiera estado social la simple agrupación, independientemente de toda organización y de toda condición externa, aumenta sobre modo su fuerza defensiva. Cuando Francia acababa de conquistar la Argelia, el gobierno de Luis Felipe se propuso colonizar este país diseminando labradores franceses en el campo; pero como la población indígena empezase a exterminarlos atacándolos uno a uno, hubo de ordenárseles, para evitar su total exterminio, que se agrupasen en las ciudades (*b i*).

Aun prescindiendo de la eficacia defensiva de las agrupaciones, bastaría estudiar los sitios donde se levantaron las más famosas ciudades de la Antigüedad para concluir que en su elección no tuvo parte alguna el acaso.

---

mismo número de tribus se encontraba entre los israelitas, entre los edomitas, entre los nakhoridas, entre los israelitas, entre los Qéturenos, como lo observa Maspero en su *Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient*, pag. 302.

Esta misma distribución duodecimal del pueblo existía, según Heródoto, entre los jonios, entre los acheos y entre los eolios. La idea de distribuir los pueblos en doce tribus no vino presumiblemente de que a los principios se encontraran en todos ellos doce hermanos que sirviesen de troncos; sino que fué sugerida por los doce signos del zodíaco. Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. I, cap. CXLV, CXLVI y CXLIX.

Torquemada, *La Monarquía Indiana*, t. I, lib. III, cap. II.

Strabon, *Géographie*, t. II, liv. IX, chap. I, pag. 211.

Goguet, *Origines des Lois, des Arts*, etc., t, III, liv. I, chap. IV, art. I.

(*b h*) Rowe, *El gobierno de la Ciudad*, cap. I, pág. 6.

Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monárquico*, lib. IV, cap. II, pág. 353.

Maunier, *L'Origine des Villes*, pag. 90.

(*b i*) P. Leroy-Beaulieu, *La Colonisation*, liv. I, chap. I, pag. 7.

De un extremo a otro del mundo y de la historia, todas las ciudades primitivas que han tenido larga vida aparecen establecidas en lugares que por sus condiciones geográficas, agrícolas y topográficas, parecen haber sido muy deliberada y muy inteligentemente elegidos para garantizar la defensa de las respectivas poblaciones.

Por de contado, no todas las poblaciones primitivas se agrupan en sitios estratégicos de fácil defensa. Los relatos de los viajeros y misioneros que han recorrido países salvajes atestiguan, por el contrario, que las tribus y las hordas nómadas se establecen en cualquier parte, donde la producción las atrae, donde el peligro las agrupa, donde los enemigos las confinan, donde el acaso las encuentra. Lo que sostenemos es que antes de conocerse el arte de las fortificaciones, los hombres no se agrupan cuando tienen libertad de elección en sitios indefensos sino en planos estratégicos de difícil acceso y de fácil defensa.

Con referencia a los fenicios, observa Pietschmann, que para establecerse en la costa no eligeron los mejores sitios bajo el respecto marítimo sino aquellos que estaban más amparados por la naturaleza contra los ataques de los enemigos, de suerte que no debieron absolutamente a la excelencia de sus puertos los frutos que obtuvieron como navegantes, y si descollaron como marinos, en mucha parte alcanzaron esta habilidad merced a la circunstancia contraria de tener puertos muy malos (*bj*).

El propósito de las agrupaciones urbanas se deja ver claramente en esas poblaciones lacustres (*Pfahlbauten*) que se han encontrado en la Oceanía, en la Guinea, en Venezuela, en Suiza y en otros países, y que tan vivamente han atraído desde 1853 la atención de los arqueólogos.

Según las tradiciones aztecas, la ciudad de Méjico fué fundada en una laguna por unos indígenas que llegaron allá huyendo de la persecución de los 'aculhuas de Colhuacan, y para franquear o cerrar el acceso al recinto

(*bj*) Pietschmann, *Historia de los Fenicios*, págs. 10 y 11 en el tomo II de la *Historia universal*, de Oncken.

urbano, según los casos, construyeron alrededor fortalezas y puentes levadizos (*b 1*).

De la misma manera, bajo el imperio de circunstancias muy semejantes, los primitivos habitantes de Venecia se establecieron y agruparon en los islotes donde se levanta la ciudad para ponerse a salvo de las depredaciones de los enemigos circunvecinos.

Así mismo se han encontrado habitaciones construídas sobre estacas en la abra de Dorei, en la Nueva Guinea, en el golfo de Guinea, en la costa de los Esclavos, en Venezuela, en el Laos, y restos de construcciones semejantes

---

(*b 1*) Torquemada, *Monarquía Indiana*, t. I, lib. III, cap. XXII, y lib. IV, cap. XLVI.

Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. II, Década III, lib. II, cap. XI.

En la Castilla del Oro, según Oviedo, los indios viven y tienen sus moradas en los árboles, sobre muchas palmas juntas, a donde suben las mujeres con los hijos en brazos tan resueltamente como si fuesen por tierra llana, y cubren el terreno de abajo de agua y paludes, y de allí salen en canoas a la tierra enjuta. «Esta manera de pueblos hacen por estar seguros del fuego e de sus enemigos e de las bestias fieras e porque están más fuertes». Oviedo, *Historia General y Natural de Indias*, t. III, lib. XXIX, cap. XXVII, pág. 131.

Sobre los pueblos indígenas de Venezuela, situados en lagunas, véase el mismo Oviedo, t. II, lib. XXV, cap. III, pág. 277, y cap. IX, pág. 300.

Respecto de los del Darien, véase Medina, *El Descubrimiento del Océano Pacífico*, t. I, pág. 58.

Cuando la primera expedición (1512) contra el cacique Dobaibe, Blasco Núñez de Balboa «halló el señorío del cacique Abibeyba, que por ser la region de pantanos y lagunas... tenían sus casas sobre árboles grandísimos, nueva y nunca oida vivienda, y sobre ellos tenian sus aposentos de madera, tan fuertes y con tantos cumplimientos, cámaras y retretes... como si las hicieran en el suelo sobre fixa tierra». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década I, lib. IV, cap. II, pág. 83, y lib. IX, cap. VI, pág. 200.

En América se llamó *barbacoa* la infraestructura de las habitaciones lacustres, compuesta de estacas clavadas perpendicularmente y coronadas por un zarzo horizontal, esto es, un tejido de varas y mimbres sobre el cual se levantaba la casa. Así dice Oviedo que en la laguna de Maracaybo vivían unos pueblos «dentro del agua sobre barbacoas e buhíos de madera altos que debajo dellos andan y passan canoas». Oviedo, ob. cit., t. II, lib. XXV, cap. IX, pág. 300.

se han hallado en Italia, en Francia, en Alemania, en Austria y otros países de Europa. En cuanto a las habitaciones lacustres de la Suiza, dice Lyell, parece ser que por primera vez llamaron la atención en el sequísimo invierno de 1853 a 1854, durante el cual los ríos y los lagos llegaron al nivel más bajo que se les ha conocido. Aprovechando esta circunstancia, los habitantes de Meilen, riberanos del lago Zurich, acometieron la empresa de levantar una parte del fondo para convertirlo en terreno utilizable, echando en ella el barro que extraían de la ocupada por las aguas. Cuando con mayor empeño se proseguían los trabajos de dragaje, se descubrió un gran número de estacas de madera profundamente enterradas en el lecho del lago, y entre ellas, muchos martillos, hachas y otros instrumentos de piedra. Como quiera que todas las estacas estaban con sus cabos carbonizados, se supuso naturalmente que en tiempos inmemoriales estas habitaciones habían sido destruídas por el fuego.

Según Heródoto, una parte de los peonios conservaron su independencia durante la invasión de los persas y desafiaron los ataques de Darío, merced a la singular situación de sus habitantes. «Lo que les salvó, observa en este punto Mr. Wylie, fué probablemente el hallarse establecidos en medio del lago, a distancia considerable de la ribera. Los antiguos habitantes de los lagos suizos se vieron, por el contrario, precisados a causa del rápido aumento de la profundidad de las aguas, a construir sus habitaciones muy cerca de los bordes, y quedaron de esta manera al alcance de las flechas y de los proyectiles inflamables que sus enemigos les dirigiesen desde la tierra firme (*b m*).

(*b m*) Lyell, *L'Ancienneté de l'Homme*, chap. II, pag. 22 à 24.

«L'habitation lacustre, dit Müller, est une sorte d'ouvrage défensif, et le fait même de l'avoir construite doit témoigner d'un certain progrès... L'évolution dans les conditions d'existence amena la nécessité d'une protection, et alors on recourut à l'eau des lacs au lieu d'élever des remparts». Müller, *L'Europe Préhistorique*, chap. XVII, pag. 105.

Lubbock, *L'Homme Préhistorique*, chap. VI.

Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, t. II, lib. V, cap. XVI.

Son también las necesidades de la defensa las que inducen a los hombres de los pueblos atrasados a establecerse en lugares altos de difícil acceso. La ciudad de Mataka, llamada Moembé, dice Livingstone, está situada en un alto valle, rodeado de montañas, donde la fundaron sus habitantes por temor a sus enemigos los mazitús (*b n*). Vuané-Kirombú, dice Stanley, es un caserío que a semejanza de todos los enunciados anteriormente, está situado sobre una colina (*b ñ*). El caserío de los yanayguas del río Parapiti, dice Nordenskiold, que era como su capital, estaba situado en una eminencia de un valle circular, donde difícilmente se les podía atacar sorpresivamente (*b o*).

Aun en países de civilización más o menos avanzada, las poblaciones propenden a refugiarse en las alturas cuando sobrevienen estados crónicos de inseguridad, depredaciones y anarquía. Jovanovic' certifica, por ejemplo, que en la Turquía las poblaciones se establecen en cimas de difícil acceso con el propósito de escapar a las depredaciones de los enemigos y de los facinerosos (*b p*).

No de otra manera procedieron los pueblos antiguos.

Según Modestow, todas las ciudades etruscas se levantaron en alturas escarpadas (*b q*), y lo mismo afirma Mommsen de Alba, y demás ciudades del Lacio, y Costa de las celtibéricas (*b r*). Sabemos también, sin necesidad de que nadie lo certifique, que Jerusalén se levantó en las faldas del monte Sion, Atenas en las del Pireo, así como Cuzco en las del Sachsahuaman, y Quito en las del Pichincha.

(*b n*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 83.

(*b ñ*) Stanley, *Le Continent Mystérieuse*, t. II, pag. 148.

(*b o*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. XIX, pag. 259.

(*b p*) Jovanovic', *Étude sur le Monténégro*, en el *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, de 1889-1890, pag. 471.

(*b q*) Modestow, *Introduction à l'Histoire Romaine*. Deuxième Partie, chap. II, pag. 380.

(*b r*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. II, pag. 48. Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 248.

Grote atestigua que en los tiempos históricos de Grecia se solían descubrir, en las alturas naturales, vestigios de haber sido antiguamente habitadas, y que en algunos países estas fundaciones primitivas subsistían convertidas en acrópolis y designadas con los mismos nombres de las ciudades que ahora se levantaban en las llanuras (*b s*).

Observaciones análogas se habían hecho en la Antigüedad. Orchómenos, dice Pausanias, estuvo situada a los principios en la cima de la montaña, como lo prueban los escombros todavía subsistentes, de sus murallas y de su plaza pública: al presente se levanta en la falda (*b t*).

Lo mismo dicen Platon y Strabon, respecto de la famosa Troya. Aun cuando los habitantes de la nueva Ilión creían que esta ciudad se mantenía en su primitivo asiento, la verdad es, según ambos autores, que había sido varias veces trasladada en un plano descendente desde la cima, donde se levantó a los principios, hasta la llanura, donde florecía en los comienzos de nuestra Era (*b u*).

Según se ha observado una y otra vez, el culto tan general de los altos lugares, instituído a menudo entre escombros de fortalezas, deja adivinar la preferencia de los pueblos bárbaros por las cimas y eminencias naturales como situaciones esencialmente defensivas (*b v*).

Bajo de este respecto, merece mencionarse muy especialmente la ubicación de la ciudad que mayor influjo ha ejercido en la historia, porque la comarca donde se formó fué siempre muy mal sana y mucho menos fértil que las comarcas limitrofes. En cambio, estando como estaba resguar-

---

(*b s*) Grote, *Histoire de Grèce*, t. II, Première Partie, chap. VI, pag. 348.

(*b t*) Pausanias, *Voyage Historique*, t. II, liv. VIII, chap. XIII, pag. 160.

(*b u*) Platon, *Les Lois*, liv. III, pag. 84.
Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XIII, chap. I, § 25.

(*b v*) Morgan, *Les premieres Civilisations*, chap. IX, pag. 312.
Vallaux, *Le Sol et l'État*, § 61, pag. 330.
Libro tercero de los Reyes, cap. XII, § 31, cap. XIII, § 2, cap. XV, § 14, etc., etc.

dada por el Tíber, podía hacer frente a sus enemigos sin dejar peligros a sus espaldas, y estando como estaba situada sobre el Palatino y otras colinas, no tenía que temer las irrupciones sorpresivas y conservaba toda su libertad para elegir la hora del ataque (*b w*).

Como bien se comprende, no todos los pueblos han tenido siempre a mano alturas, lagos o nudos de montañas donde hacerse fuertes, y los que han habitado en llanuras sin accidentes topográficos defensivos han de haber vivido expuestos a las depredaciones de los enemigos hasta que se les ha ocurrido pedir amparo al arte de las fortificaciones. En la leyenda de la conquista de Canaán, se anota varias veces cómo caían en poder de los israelitas las ciudades que se levantaban en los valles y cómo solían escapar las que se levantaban en los collados y alturas (*b x*).

Las murallas de circunvalación urbana parecen haberse generalizado extraordinariamente desde la más remota Antigüedad. En todas las naciones que florecieron antes de nuestra Era, las ciudades principales aparecen amuralladas cuando empieza la historia. Fueron famosas en aquellos siglos las murallas de Babilonia que con una altura de 50

(*b w*) A través de 30 siglos, encontramos una repetición espontánea del caso de los romanos en uno de los países más salvajes de la tierra. En la cima escarpada de una montaña, que en Nueva Zelandia se levanta a orillas de cierto río, vivía hace algún tiempo, dice Du Petit-Thouars, una tribu cuyo jefe era el terror de las tribus circunvecinas por las dificultades que había para atacarle en su nido fortificado y por las facilidades que tenía para lanzarse sobre ellas con la rapidez del águila y cometer sin mayor peligro todo linage de depredaciones. Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. III, chap. III, pag. 21.

Phinio canta un himno de admiración idolátrica en honor de Roma y ensalza la bondad del clima, la salubridad, la fertilidad y la variedad de produciones de la campaña. *Histoire Naturelle*, liv. III, § VI, Nº 3.

Con más respeto a la verdad, Strabon dice que la ubicación de Roma no fué elegida libremente sino impuesta por la necesidad de la defensa. *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 2 et § 7.

Herzberg, *Historia de Grecia y de Roma*, pág. 267 del tomo II de la *Historia Universal*. de Oncken.

(*b x*) *Deuteronomio*, cap. II. § 36 y 37, y cap. III, § 10.

El *Libro de Josué*, cap, XI, § 12 y 13.

codos reales, o sean, 27 metros y 50 centímetros, y un espesor de 32 pies, o sean, más de nueve metros, podían dar asilo a pueblos enteros porque el desarrollo de su perímetro alcanzaba a 86 kilómetros (*b y*).

Aun se han encontrado escombros de murallas de circunvalación urbana en países como la Etruria, donde los pueblos que las construyeron prosperaron principalmente en siglos prehistóricos. La misma leyenda mosaica conserva reminiscencias de las numerosas ciudades amuralladas que estorbaban en Canaán el paso de los invasores. Según el *Deuteronomio*, en la guerra contra el rey de Basán, fueron tomadas y destruídas 60 ciudades, todas « fortificadas con muros muy altos », sin contar otras que no los tenían (*b z*).

Dos beneficios principales debe la humanidad al arte de las fortificaciones: es el primero el de permitir a los pueblos de las llanuras agruparse también en sitios más propicios para su desarrollo y para el comercio, sin quedar amenazados por la devastación y la ruina, supliendo las ventajas que para la defensa ofrece la naturaleza en otras comarcas; y es el segundo el de haber resguardado contra la rapiña militar, merced a su superioridad sobre los primitivos medios de ataque, los bienes acumulados, las obras de la industria incipiente, las construcciones urbanas y la misma vida social. Así fué como pudieron prosperar Ar-

(*b y*) Brialmont, *La Défense des Etats et les Camps Retranchés*, pag. 3.

Según Heródoto, las murallas de Babilonia medían 50 codos reales de espesor, y 200 de alto, y formaban un cuadrado de 480 estadios de desarrollo, o sea de 120 estadios por cada lado. Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, t. I, lib. I, cap. CLXXVIII. Si contamos 180 metros por estadio, el perímetro de las murallas alcanzaban a 86.400. Respecto de los codos reales, medía cada uno 55 centímetros. Si los datos de Heródoto no fuesen errados, tendríamos que el espesor de las murallas era de 27 metros y 50 centímetros, y su altura de 110 metros! Nosotros nos atenemos en el texto a los datos más fidedignos de Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVI, chap. I, § I, pág. 301.

(*b z*) Modestow, *Introduction à l'Histoire Romaine*, pag. 373. *Deuteronomio*, cap. III, § 4 y 5.

gos, Tebas, Atenas y muchas otras ciudades que para establecerse prefirieron los sitios más propicios al comercio, porque merced a las murallas de circunvalación, que por causa de la debilidad de las armas ofensivas eran punto menos que inexpugnables, se resguardaron mejor que otras amparadas solo por alturas de difícil acceso. Se ha observado que las primeras ciudades del mundo fueron fortalezas más bien que mercados, y que su parte esencial no se compuso de casas sino de muros (*c a*); y esa es la verdad.

En el orden social como en todos los órdenes de la naturaleza, siempre que se repiten las causas, se repiten fatalmente los efectos. Cuando sobrevienen épocas prolongadas de anarquía, turbulencias y depredaciones, los hombres vuelven a encontrarse en situación semejante a la de las tribus primitivas, sin más garantía para sus bienes, para sus personas y para sus vidas, que la ayuda mutua. En tales circunstancias, como si obedecieran a una voz de orden, los que viven dispersos sienten la necesidad de renunciar al aislamiento y de nuevo empiezan a formar poblaciones urbanas al amparo de baluartes naturales o dé fortalezas artificiales. Según Lyall, muchas de las ciudades de la Radjputania, en la India, se formaron evidentemente al rededor de los fuertes que los indígenas construyeron para defenderse contra las incursiones de los enemigos, antes de que llegasen los ingleses (1818) a imponerles la paz y su arbitraje (*c b*).

Análogo origen tienen casi todas las ciudades que se for-

(*c a*) Ihering, *Prehistoria de los Indo-Europeos*, § 20.

Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 135.

« Les nomades, dit Morgan, c'est une règle, ne peuvent se décider au siège des places fortes ». Morgan, *Les premières Civilisations*, chapitre IX, pag. 303.

Grote, *Histoire de Grèce*, t. II, pag. 348 et 352.

En el derecho español de la Edad Media, ciudad era la población urbana amurallada. « Otrosi decimos que doquier que sea fallado este nome Ciudad, que se entiende todo aquel lugar que es cercado de los muros, con los arravales, e con los edificios que se contienen en ellos ». Ley 6, tít. 33, *Partida* 7ª.

(*c b*) Lyall, *Mœurs de l'Estrème Orient*, chap. VIII, pag. 392.

maron a los principios de la Edad Media. Los primeros invasores del Imperio Romano, que vinieron en calidad de aliados, de amigos y de auxiliares, se habían establecido ora en las ciudades, ora principalmente en las *villae* (casa-quintas) de los campos, porque la vida rural era más conforme con los usos y los gustos de los bárbaros. Mas, cuando las invasiones se renovaron por hordas hostiles, los habitantes rurales, así los antiguos como los recién llegados, hubieron menester de obras de defensa y rodearon sus *villae* de fosos y de murallas, convirtiéndolas en castillos y fortalezas que sirvieron de refugio a las poblaciones circunvecinas. No otro origen tienen las ciudades francesas, cuyo nombre lleva la desinencia *ville*. Particularmente entre los siglos IX y X, dice Thierry, el terror que las depredaciones de los normandos causaban indujo a los pueblos, medrosos, en la empresa de amurallar los burgos, de fortificar las habitaciones de las grandes propiedades y de multiplicar los castillos. Espoleada por el miedo, la población de los alrededores se aglomeró en estos lugares de refugio, colocándose bajo el amparo y la dependencia de los grandes propietarios, y sin pensarlo ni quererlo, pasó de la vida rural propiamente dicha a principios más o menos informes de vida urbana. El mismo origen tienen según Schäffle, todas las primeras ciudades que se formaron en la Germania (*c c*).

§ 40. Mientras los pueblos viven en estado de recíproca hostilidad o de simple desconfianza, por más alto que el grado de su desenvolvimiento social sea, no pueden emanciparse de las preocupaciones de la defensa. Nada lo manifiesta mejor que las discusiones sostenidas por los filósofos políticos en los más cultos Estados de la Antigüedad,

(*c c*) Thierry, *Le Tiers État*, chap. I, pag. 24.

Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. I, leçon VIII, pag. 223, et t. III, leçon V, pag. 316.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 80, II et IV.

Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 135.

Maurer, *L'Origine des Villes*, pag. 143 a 145.

acerca de las ventajas y peligros que la vecindad del mar ofrece a las ciudades.

A la verdad, fuese una, fuese otra, la solución de este problema tuvo para los antiguos una importancia que en las naciones civilizadas de nuestros días apenas se puede apreciar debidamente. Antes de que Roma sojuzgase al mundo, casi no se conocían en Europa más que los Estados municipales, así llamados aquellos que se componen de una sola ciudad con su territorio adyacente. Tanto en Grecia como en Italia, toda ciudad era un Estado, ora independiente, ora tributario (*c d*). En semejantes condiciones, cuando se discutían las ventajas y los peligros de la vecindad del mar, se jugaba nada menos que la existencia del Estado entero.

Los sitios vecinos al mar, dice Cicerón, amplificando doctrinas de Platon y de Aristóteles, no son los más propicios para fundar ciudades que aspiren a la perpetuidad y al imperio, y no lo son primeramente porque las poblaciones marítimas viven expuestas no solo a numerosos peligros, sino también a peligros imprevistos. En la tierra firme concurren muchos indicios a denunciar la aproximación regular y aun las sorpresas del enemigo. El solo ruido y aun el simple eco de sus pasos nos lo hace presentir. En realidad, no hay agresor que pueda llegar por tierra de manera tan repentina que no dé tiempo para saber que viene, quién es y de dónde viene. Pero ese enemigo que llega navegando por mar puede descender en nuestras costas antes de que se barrunte su aproximación; y cuando ha desembarcado, ningún signo exterior indica lo que es, ni de cuáles tierra viene, ni lo que quiere, ni si se presenta como amigo o como enemigo.

Por otra parte, están permanentemente expuestas las ciudades marítimas a un influjo corruptor y a constantes cambios de costumbres. Su cultura es de continuo alterada por lenguas extrañas y conocimientos nuevos, y el

(*c d*) Bluntschli, *Le Droit Public Général*, liv. IX, chap. I, pag. 357.

comercio las trae de otros pueblos no solo mercaderías sino también usos extravagantes que quitan toda estabilidad a sus instituciones. Los hombres de esas ciudades no se radican en sus hogares, porque aun cuando no cambien materialmente de lugar, su espíritu, siempre aventurero, viaja por todo el mundo.

No hubo causa que después de minar a Corinto y a Cartago conspirase más poderosamente a destruírlas que la vida errante y la dispersión de sus ciudadanos, los cuales arrastrados por la pasión del comercio y de las empresas marítimas, habían abandonado el cultivo de los campos y el arte de la guerra.

En tercer lugar, la vecindad del mar fomenta el lujo de las ciudades con muchas y muy funestas seducciones que son importadas por el comercio exterior, y el agrado mismo de tales lugares ofrece al fausto y a la ociosidad los mayores incentivos. Lo que digo de Corinto dudo si no puedo aplicarlo con igual exactitud a la Grecia entera. . . que la causa manifiesta de sus desgracias y trastornos está en los vicios añejos a las poblaciones marítimas (*c e*). En atención a tamaños peligros, Platon enseñaba que era ventaja inapreciable de la ciudad de Creta el estar situada a 80 estadios del mar (*c f*).

La opinión de Aristóteles era menos tímida. Si prescindimos de estos inconvenientes, decía el incomparable filósofo, no es dudoso que se provee mejor a la seguridad y a la abundancia del Estado allí donde la ciudad y el territorio están situados a orillas del mar. Las agresiones enemigas se repelen más fácilmente cuando se pueden recibir auxilios de los aliados por mar y por tierra; y si no es dable dañar a los asaltantes por ambos lados a la vez, se les inferirá ciertamente mayor daño por uno cuando a un tiempo se pueda hostilizarles por el uno y el otro.

Por último, el mar ofrece la inapreciable ventaja de abrir

(*c e*) Cicerón, *Du Gouvernement*, liv. II, § III, IV et V.

(*c f*) Platon, *Les Lois*, liv. IV, pag. 117.

la puerta para satisfacer las necesidades económicas de los habitantes porque, mediante él, importan lo que no producen y exportan lo que les sobra.

Si no obstante estas ventajas arredraran los peligros enunciados más arriba, se podría imitar a ciertos Estados cuyas ciudades, admirablemente situadas, están más o menos separadas del puerto, pero no tan alejadas que no alcancen a dominarlo con sus murallas y fortificaciones. Merced a esta situación, que era la de Atenas, situada a unos ocho kilómetros del mar, la ciudad puede mantener expeditas sus comunicaciones con el mar mientras les sean útiles; y por el contrario, cuando la amaguen con algún peligro, le basta, para resguardarse contra todo daño, una simple medida legislativa que designe específicamente los ciudadanos a quienes será permitido comunicarse con los extranjeros.

En conformidad con esta doctrina, Pericles enardecía a los atenienses en la lucha contra los espartanos, manifestándoles las ventajas estratégicas de Atenas respecto de Esparta (*c g*).

La conclusión general de estas interesantes discusiones era que en lo posible se debía elegir para asiento de las ciudades aquellos lugares que ofrecieran juntamente las seguridades de la situación terrestre y las ventajas de la situación marítima. Como modelo perfecto, que cumplía todas las condiciones, se citaba la ciudad de Roma, porque defendida en sus flancos terrestres de toda agresión, ora por el Tíber, ora por las colinas, ninguna podía venirle del mar, distante unos 27 kilómetros, sino por el curso siempre vigilado del río, y en cambio, merced al poco calado de los bajeles, tenía todas las ventajas de un verdadero puerto marítimo (*c h*).

La historia posterior falló la cuestión en pro de la doctrina de Aristóteles, porque durante largos siglos, hasta

(*c g*) Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. V
Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. LXXXI et CXLIII.

(*c h*) Un modelo semejante fué el que Felipe II tuvo en mientes cuando a sus agentes de América les recomendó que atendiesen a que los lu-

la época en que la apertura y la seguridad de las vías de comunicación vinieron a facilitar el comercio y el desenvolvimiento de las ciudades mediterráneas, las marítimas prosperaron más rápidamente a pesar del constante peligro de la piratería. Así es como en medio de la decadencia general de la vida urbana durante los siglos medios, los puertos de Italia, Pisa, Génova, Venecia, etc., mantuvieron activísimo comercio entre el Oriente y el Occidente, alcanzaron un grado extraordinario de esplendor y poderío, y sin poseer más que un rincón de terreno en las costas del Mediterráneo, pasearon sus banderas respetadas por la Grecia, la Siria y el Egipto (*c i*).

§ 41. Las condiciones que dejamos enunciadas, dirigidas a garantizar juntamente con la defensa, la subsistencia de los pueblos, son por naturaleza inomisibles en la formación de las ciudades primitivas, todas las cuales porque nacen en ambientes hostiles, no pueden desarrollarse sino asumiendo el carácter de fortalezas militares. Si en los grados superiores de la civilización se puede hasta cierto punto prescindir de estas condiciones, en los inferiores, cuando los pueblos viven en estado permanente de guerra, cuando no hay comercio, ni viabilidad, ni comunicaciones para traer de lejos los alimentos, ni industria para resacar o extraer el agua, las agrupaciones urbanas no pueden desarrollarse y perpetuarse sino en comarcas fértiles que basten a su subsistencia y a orillas de grandes corrientes que no sean fácilmente desviables por los enemigos.

Aun en las naciones civilizadas, aquellas ciudades industriales que se mantienen artificialmente, están de suyo condenadas a llevar una vida intercadente y lánguida, fatalmente

---

gares que se hubieran de poblar tuvieran buenas entradas y salidas por mar y por tierra, para que se pudiese entrar y salir fácilmente, comerciar, gobernar, socorrer y defender. *Recopilación de Indias*, t. I, lib. IV, tit. V, 1, 2

Rowe, *El gobierno de la Ciudad*, cap. II, pág. 23.

(*c i*) Michad, *Histoire des Croisades*, t. IV, liv. XXII, chap. V, pag. 221.

subordinadas a todos los contratiempos de la industria que las sostiene. Cuando Jenócrates indicaba al rey de Macedonia una montaña como sitio adecuado para fundar la ciudad de Alejandria, el monarca preguntó si la población podría subsistir con los productos de la campiña circunvecina, y como se le contestase negativamente, declaró que sería gravísimo error fundar una ciudad en aquel paraje (*cj*).

Mas, cuando la conquista y los tratados de alianza establecen la paz y la concordia entre pueblos que habían vivido en estado de permanente hostilidad, nuevas fuerzas creadoras, movidas por el interés, dan origen a ciudades que sin descuidar por completo la defensa militar, se curan principalmente de situarse en las condiciones topográficas y geográficas más propicias a la industria, a la navegación y al comercio; empiezan entonçes a bajar de las cimas, a levantarse en las llanuras, a acercarse al mar, y aun a formarse en los desiertos para servir de paraderos y de emporios a las caravanas.

Tucídides observó ya en su tiempo que por causa de la piratería, las ciudades más antiguas del continente y de las islas se habían situado a distancia del mar, pero que las fundadas en los últimos tiempos, cuando ya la navegación era más segura y más general la riqueza, se habían levantado a orillas del mar, principalmente en los istmos, con el doble propósito de asegurarse el comercio y fortificarse contra los pueblos vecinos (*cl*).

El de Grecia es un ejemplo, no un caso único. Al estudiar las causas de la localización y crecimiento de las poblaciones urbanas de Norte América, un profesor contemporáneo observa que la mayor parte de las ciudades antiguas y medioevales se levantaron en las faldas de las colinas, en las islas, en los promontorios, en llanuras lejanas de las costas. No así las ciudades norteamericanas,

(*cj*) Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monárquico*, lib. II, cap. III, pág. III.

(*cl*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. VII.

ninguna de las cuales, dice, debe su desenvolvimiento a su situación protegida sino a su ubicación comercial (*e m*).

De estas observaciones se infiere que las necesidades de la navegación, de la industria y del comercio, secundadas por la progresiva consolidación de la paz, crean situaciones en que los pueblos tienen que prescindir, por lo demás sin peligros y con ventajas, de aquellas condiciones que en el estado primitivo se estiman inomisibles. Ya no es necesario entorpecer el comercio viviendo lejos del mar y en cimas escarpadas; y bajo la influencia de las amistades internacionales, se deja de estimar peligrosa la afluencia de extranjeros.

Pero las necesidades industriales y comerciales prescinden no solo de aquellas condiciones que garantizan la independencia de las ciudades sino también de aquellas que garantizan su alimentación, su bebida y su existencia misma. Siempre que de las industrias locales se obtengan los rendimientos necesarios para adquirir por compra las cosas indispensables a la subsistencia, pueden formarse florecientes ciudades en comarcas áridas, donde no habría cómo cosechar un plato de trigo ni donde llenar un jarro de agua.

En comprobación baste estudiar las condiciones externas de Chañaral, Taltal, Antofagasta, Iquique y otras ciudades del norte de Chile. Nacidas espontáneamente en el desierto para servir de centros de provisión a las industrias extractivas, carecen de vida propia, prosperan o decaen con la prosperidad y la decadencia de la minería y tienen que pagar a precios exhorbitantes los elementos de su subsistencia que les vienen de fuera, y el agua, que solo se la procuran o resacándola o trayéndola de lejos por costosas cañerías.

Por muy grande que sea la actual prosperidad de las ciudades fundadas en condiciones artificiales, el estadista debe tener presente, siempre que esté en su mano la eleccion de sitio, que no impunemente se violan aquellas condiciones

(*e m*) Hinsdale, *El Estudio y la Enseñanza de la Historia*, capítulo XXI, pág. 433.

Cornejo, *Sociología General*, t. I, cap. X, pág. 412.

naturales que garantizan la vida propia de las poblaciones. Que se funde la ciudad en un suelo árido y estéril porque de otra manera no se pueden satisfacer las necesidades de la industria y el comercio es perfectamente lícito; pero si se puede satisfacerlas fundándola a orillas de un río, no hay para qué fundarla en lugar a donde haya que llevar el agua de lejos; y si se puede satisfacerlas fundándola en sitio alto, aireado, seco y sano, no hay para qué fundarla en terreno bajo, húmedo e insalubre.

§ 42. Cuando se estudia la historia con relación a la constitución urbana de los Estados, salen a la luz innumerables hechos, que habían pasado inadvertidos y que de manera incontrovertible demuestran no ser indiferente para el progreso humano, el que las poblaciones vivan dispersas en los campos o agrupadas en las ciudades. La propiedad, la familia, el derecho hereditario, la religión, la filosofía, la edificación, la industria, las artes, la administración pública, etc., etc., todo se desarrolla más rápidamente en las ciudades.

Según Gibbon, las religiones de la Antigüedad recibieron en el siglo IV de nuestra Era la denominación común de *paganismo,* de *pagani,* campesinos o aldeanos, por causa de que mientras la del Evangelio había sido abrazada por los mejores elementos de las poblaciones urbanas, la de los gentiles se conservaba viva en los campos y en los burgos rurales, llamados en latín *pagi* (*c n*).

Análogamente, sobre los progresos políticos de los tiempos medios, dice Adam Smith, que «el orden y la buena administración, a la par que la libertad y la seguridad individual se establecieron en las ciudades hacia una época en que los labradores de los campos estaban expuestos todavía a todo género de violencias» (*c ñ*).

(*c n*) Gibbon, *Histoire de la Décadence de l'Impire Romain*, t. I, chap. XXI, pag. 495.

(*c ñ*) Adam Smith, *La Richesse des Nations*, t. II, liv. III, chap. III, pag. 442 à 451.

Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II. liv. XII, chap. V,

En el estudio del derecho y de las instituciones civiles, resalta de manera ostensible esta influencia civilizadora de las poblaciones urbanas. Se sabe, por ejemplo, que la propiedad urbana se ha individualizado antes que la rural, que la propiedad rural no conquistó la alienabilidad sino varios siglos después que la propiedad urbana; y que la libertad de testar y la igualdad hereditaria de todos los hijos y en particular de los varones y las mujeres, se establecieron para los predios *intra muros* en plena Edad Media, mientras que los predios agrícolas, en parte, se han conservado amayorazgados hasta nuestros propios días (*c o*).

Dickel atestigua que entre los slavos meridionales, la familia de las ciudades, semejante a la del resto de Europa, solo comprende el padre, la madre y los hijos; y que la de los campos, semejante a la tribu primitiva, comprende la parentela toda y disfruta del suelo en común e indivisamente (*c p*). Así mismo, observa Spencer, que entre los árabes de Asia, los nómades, que viven dispersos, tienen abandonada la represión de la delincuencia al interés privado y a la venganza, y que los habitantes de las ciudades la tienen confiada principalmente al Estado, personificado en los jefes (*c q*).

Los antiguos parece como que hubiesen vislumbrado esta influencia civilizadora de las ciudades, y se disputaron la gloria irrenovable y sin ejemplo de haber sido los primeros que las fundaron. Según los egipcios, la más antigua ciudad del mundo sería Diospolin o Thebas; según los israelitas, Enochia (*c r*); según los argivos, Argos; según

(*c o*) Schulte. *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*. § 177, 180, 111 et 185.

Troplong. *Des Donations entre vifs et des Testaments*, page XLVIII.

Roman. *Antiquité de la Region Andine*. t. II, pag. 434

(*c p*) Dickel. *Le Nouveau Code Civil du Montenegro*, pag. 63

(*c q*) Spencer. *Justice*. § 112.

(*c r*) *Génesis*, cap. IV, § 17.

Bovadilla. *Política para Corregidores*, t. I, lib. I, cap. I, pág. 7, dice: «Y la primera de las poblaciones que se hizo fué la ciudad de Enos, ha-

los atenienses, Cecropia, llamada después Acrópolin o Atenas; según los asirios, Babilonia.

Como quiera que en aquellos siglos no se tenía idea de la eficacia de la acción lenta y colectiva de los pueblos, las tradiciones habían inventado personajes para atribuirles la fundación (probablemente espontánea e irreflexiva) de las primeras ciudades y el vulgo los había deificado y tributado culto religioso. Era una manera de manifestar cuan grande importancia atribuía a esta fuerza civilizadora que se llama ciudad.

Aquella noble emulación no era inmotivada, porque si la civilización, voz que viene de *civitas,* no nace en las ciudades, en ella se desarrolla principalmente, como lo deja entender la etimología de la palabra. Baste observar en comprobación que de las primitivas sociedades sedentarias, no hay ejemplo de alguna que se haya elevado a un mediano grado de cultura sin aglomerarse en poblaciones urbanas y que si exceptuamos el descubrimiento del fuego, la domesticación de algunos animales y la invención de la agricultura, la cuasi totalidad de los adelantamientos de importancia social se han realizado en las ciudades. «Ningún pueblo exclusivamente agrícola y privado de ciudades, dice Ihering, ha producido cosa importante para la civilización» (*c s*).

Si quisiéramos saber de donde proviene esta virtud civilizadora de las ciudades, habría que estudiar la cuestión

---

cia el Oriente, en el monte Líbano, que... es llamada así por el nombre de su hijo Enoch; y se pobló de gigantes... Otros dicen que fueron siete las ciudades que fundó Caín, y que las llamó Enoch, Mauli, Leed, Tehe, Lesca, Celed, Jebath».

(*c s*) En las lenguas cultas son varias las palabras que dejan adivinar la influencia civilizadora de las ciudades. En castellano tenemos, además de *civilización*, que viene de *civitas*, *urbanidad*, que viene de *urbs*; *policía* y *política*, que vienen de *polis*, así como *rustico* (grosero), viene de *rus*, campo.

«Los antiguos arios dice, Ihering, no conocían las ciudades, el germano de Tácito, tampoco: he ahí porqué ambos no pasaron de las primeras etapas del progreso. Los babilonios y los egipcios tuvieron ciudades

bajo de muy diferentes respectos. Bajo el respecto industrial, tenemos que la distribución y la división del trabajo, base fundamental de la prosperidad económica, no se pueden operar en los campos, donde el estado de dispersión pone a cada hombre en la necesidad de hacérselo todo, sino en las ciudades, donde la condensación de la población permite que en cada obra todos tengan tarea, ayudándose y completándose recíprocamente (*c t*).

Bajo el respecto de la cultura social, los hombres que viven aislados propenden espontáneamente a la rusticidad y a la grosería, porque no sienten la necesidad de suavizar las formas y los modales; y a la inversa, por el hecho de vivir en permanente contacto los habitantes de las ciudades, que no pueden ser indiferentes a las consideraciones personales y a la simpatía humana, propenden a adquirir hábitos de urbanidad, de decencia, de limpieza, de decoro y sobre todo, de tolerancia, que endulzan las relaciones sociales.

Bajo el respecto intelectual, el contacto permanente de los habitantes de las ciudades ocasiona el choque constante entre las doctrinas antiguas, que ahora parecen ser falsas, y las nuevas, que al presente parecen ser verdaderas, y esta comparación espontánea trae consigo el abandono de las unas y la propagación de las otras, mucho más rápidamente que en los campos. Por otra parte, cuando la población está agrupada, los poderes públicos, y entre ellos

---

desde temprano: de ahí el florecimiento de su cultura». Ihering, *Pre-historia de los Indo-europeos* § 21.

Rowe, *El gobierno de la Ciudad*, cap. I, págs 4 y 5, dice: «La palabra *ciudad* es desconocida en la lengua sanscrita. Su más cercano equivalente, *vastu*, quiere decir *morada*, *domicilio*, *sitio de habitación*. Además, cada una de las lenguas indo-germánicas tiene un término diferente para ciudad. El desarrollo urbano, por lo tanto, ha tenido que ser posterior a la división del tronco original en naciones separadas».

(c t) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t IV, leçon II, pág. 484
Ihering, *Pre-historia de los Indo-europeos*, § 21, pág 138.
Rowe, *El gobierno de la Ciudad*, cap. I, págs. 2, 11.
Cornejo, *Sociología General*, t. I, cap. IX, pág. 406.

el poder espiritual, obran con mayor eficacia para hacer converger los esfuerzos individuales al cumplimiento de los fines sociales. En el estado de dispersión rural, ciertos servicios públicos, y en particular los de la enseñanza, o no se establecen absolutamente o no se aprovechan sino muy poco.

Schulte observa que en la Edad Media, muchas de las poblaciones urbanas se formaron alrededor de los claustros, en los lugares de peregrinación, en las cercanías de las iglesias, de los bautisterios y de los cementerios, porque la Iglesia Católica, única maestra de la cristiandad, se empeñó celosamente en agrupar a los cristianos para darles parte igual en los beneficios de la moral y de la cultura evangélica y para evitar que por causa de la dispersión, no quedasen algunos sin asiento en la mesa de la sagrada comunión (*c u*).

Fuera de las ciudades, comúnmente, no se forma ni el literato, ni el artista, ni el sabio, porque solo en ellas existe una como atmósfera intelectual que da vida y estímulos para las obras del espíritu. «Hablamos del campo como del mejor sitio para la reflexión y la meditación», dice Rowe, y no advertimos «que es la multitud, el ruido, el roce de los hombres lo que aguza el intelecto, desarrolla el genio inventivo, remueve la actividad comercial y despierta el espíritu de cooperación» (*c v*).

Por último, es en las ciudades donde se forma la opinión pública y de donde sale irradiándose para difundirse en los campos. Allí está el centro natural tanto de la vida intelectual cuanto de la industria, del comercio y de las artes; allí, la sede irreemplazable del gobierno y de las guarniciones militares. Estas dos circunstancias son tan importantes que por sí solas vinculan a las ciudades la prerrogativa de repartir por todo el territorio los beneficios del

(*c u*) Schulte. *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*. § 80, II.

(*c v*) Rowe, *El gobierno de la Ciudad*, cap. I, pág, 3.

Estado y de la cultura, adquiriendo una influencia que la población rural no puede disputarles (*c w*).

En mérito de esta virtud peculiar de las ciudades, aquellos conquistadores de la Antigüedad que tuvieron tendencia civilizadora acostumbraron a perpetuar el recuerdo de sus victorias fundando en medio de los bárbaros poblaciones urbanas, evidentemente destinadas a incorporarlos en la vida civil. «La mayor gloria de las naciones poderosas y de los príncipes ilustres (observa un autor citado por Santo Tomás de Aquino) ha consistido en fundar nuevas poblaciones o en dar su nombre a las antiguas» (*c x*).

Es presumible que cuando los griegos formaban poblaciones urbanas en el Asia Menor, en las Galias, en las Sicilias, no les guiara otro propósito que el de establecer en dichos países emporios comerciales. Pero los romanos, que en su larga carrera de conquistas jamás dieron un paso con miras mercantiles, que siempre y exclusivamente procedieron en el doble carácter de políticos y guerreros, fundáronlas a la vez como obras de defensa militar, para afianzar su dominación, y como obras de cultura social, para romanizar a los vencidos. Si bien es verdad que, ora para eliminar un peligro permanente, ora para acabar con una resistencia incómoda, ora para castigar una deslealtad destruyeron Alba y otras ciudades del Lacio (*c y*), Sagunto, Cartago y otras ciudades extrañas, también es verdad que nunca hubo pueblo que las fundase en mayor número y que con una política análoga aportase mayor empuje a la civilización. En lugar de concretarse a construir fortalezas, las cuales sólo sirven como obras de dominación y defensa, construían ciudades que junto con prestar los mismos servicios políticos y militares, actuaban

(*c w*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 678.

(*c x*) Santo Tomás de Aquino, *El gobierno Monárquico*, lib. II, cap. I, pag. 101.

(*c y*) Strabon, *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 4.

en los pueblos bárbaros con una fuerza irresistible de asimilación y civilización (*c z*).

El triple carácter que distingue a las ciudades como fundación permanente, como fortaleza defensiva y como fuerza civilizadora, tiene en el orden jurídico tanta importancia que por sí solo autoriza al derecho internacional para clasificarlas entre los medios más eficaces y usados de tomar posesión de países habitados por tribus bárbaras.

La virtud civilizadora de las agrupaciones urbanas no se extingue jamás. En los grados superiores del desenvolvimiento social, se manifiesta no solo en la mayor cultura que siempre distingue a los habitantes de las ciudades respecto de los campesinos sino también en la mayor proporción de población urbana que tienen las naciones más civilizadas (*d a*).

Verdad es que en aquellos países, por ejemplo, algunos del Oriente, donde el estado de inseguridad de los campos es permanente, las habitaciones aisladas apenas se conocen porque para establecer la defensa mutua, la población se agrupa en villorrios y caseríos; (*d b*) pero estas agrupaciones, llamadas *burgos rurales* porque todos sus habitantes viven dedicados a la agricultura y no conocen las industrias urbanas, son gérmenes de ciudades, no ciudades.

Si solo se computa la población propiamente urbana,

(*c z*) La organización de comunas romanas o sea de colonias, de municipios y de ciudades *juris latini* (dice Marquardt) fué en las provincias, donde la vida urbana apenas empezaba, un medio de proteger los países conquistados contra los enemigos de dentro y de fuera, a la vez que de iniciarlos rápidamente en la cultura social y jurídica de los romanos. Cuando todavía no había principiado el último siglo de la Era antigua, ya se había fundado en el suelo galo un pequeño número de colonias romanas y latinas, merced a las cuales se operó en un tiempo relativamente corto la romanización de la Galia Cisalpina. Con el mismo propósito se establecieron ciudades romanas en la Germania, en las provincias del Danubio, en Arabia, en Numidia y en la Mauritania. Marquardt, *Organisation de l'Empiere Romain*, t. I, pag. 115.

(*d a*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 137.

(*d b*) Paul Leroy-Beaulieu, *La Colonisation*, liv. I, chap. I, pag. 7.

tenemos que en Francia, en Alemania, en Inglaterra, en Bélgica, que se cuentan entre las naciones más civilizadas, ella comprende un tercio y a veces hasta la mitad de la población total; y que en la Rusia europea, donde conviven dos sociedades, una culta y diminuta en la ciudad y otra semi-civilizada y diseminada en el campo, el número de de los campesinos es nueve veces mayor que el de los habitantes urbanos (*d e*).

§ 43. Literalmente ciudad capital (de *caput*, cabeza) quiere decir ciudad cabecera.

Bajo el doble respecto de la etimología y del derecho, no hay ciudad alguna de ningún país civilizado que no sea capital, porque aquellas que no son cabezas del Estado, lo son de las circunscripciones territoriales en que el Estado se halla dividido.

De ordinario, en la capital del Estado tienen su asiento tanto los Poderes nacionales como las jefaturas de los servicios públicos; y el asiento común facilita sobre manera el funcionamiento de los órganos del Estado. Empero, jurídicamente no hay óbice para que en respeto a especiales antecedentes históricos o en atención a conveniencias políticas o locales, se establezca el gobierno en una ciudad, la legislatura en otra, y en otras la Corte Suprema de Justicia o las jefaturas de los servicios públicos. Así en Chile tienen su asiento en Valparaíso, en una ciudad que no es la Capital de la República, la superintendencia de aduanas y la dirección general de la Armada.

Tanto bajo el respecto político como bajo el respecto internacional, se tiene por capital del Estado a la ciudad en que reside el gobierno. En el antiguo Imperio Germánico se tenía por capital a Viena, aun cuando el Poder Legislativo residía en Francfort del Meine; y en el moderno Imperio Alemán, se tiene por capital a Berlín, aun cuando la Suprema Corte de Justicia reside en Leipzig (*d e h*).

(*d e*) Anatole Leroy-Beaulieu, *L'Empire des Tsars*, liv. V, chap. II.

(*d e h*) Tarde, *Les transformations du Pouvoir*, pag. 106.

Durante la Edad Media, hubo Estados que no tuvieron capitales fijas. La Monarquía franca, por ejemplo, no la tuvo. A París, a Orleans, a Lyon, a Metz, se reconocía cierta preeminencia, pero los reyes no vivieron en estas ciudades sino de paso y por temporadas. Cualquiera atención política, la concertación de un matrimonio, la reunión de una asamblea de próceres, la celebración de una fiesta, eran motivos para cambiar de asiento. Por lo tocante a las asambleas de los grandes, se celebraban en Attigny, en Maestrich, en Colonia, en Aquisgran, en Troyes, en Metz, en Soisson, etc., o sea, en el lugar a donde se las convocaba (*de*).

Lo mismo ocurría entre los anglo-sajones porque no había, dice Gneist, capital ni lugar fijo para la reunión de las Asambleas nacionales, llamadas *Witenagemote*, sino que el rey lo designaba en cada convocatoria según los tiempos y las circunstancias, cambiándolo siempre que se le ocurría (*df*).

Análogamente en España, los reyes vagaron sin capital fija de ciudad en ciudad, y porque no tenían domicilio permanente, establecieron por ley que las Cortes «débense ayuntar allí donde el rey fuere» según lo prescribe la ley 3, tit. XV, Part. II.

No pasaron así las cosas en la Antigüedad. Como quiera que en aquellos siglos se confundía el Estado con la ciudad y jurídicamente no se agrandaba por las conquistas, no cabía que sirviera de cabeza otra ciudad que la que constituía el Estado. Si bajo la inspiración de las doctrinas actuales nos inclinamos a creer que Roma perdió su rango de capital del Estado romano cuando el gobierno imperial se estableció en Constantinopla, la verdad es que en el siglo IV, nadie ni aun el mismo Constantino, autor de la traslación, pensó en despojar de su dignidad a la Ciudad eterna (*dg*).

(*de*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*. chap. VII, pag. 112.

(*df*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I. pag. 77.

(*dg*) Constantin (dice Gibbon) «decora la nouvelle ville (Constantinople) du nom de *colonie* et de *fille ainée de l'ancienne Rome*. Celle-

El establecimiento de los emperadores en Constantinopla, así como su establecimiento en Ravenna, en Nicomedia o en otras ciudades, era para los antiguos un hecho que no afectaba al derecho. Después lo mismo que antes, se tuvo a Roma por el Estado romano. En realidad, no perdió Roma el carácter y rango de cabeza del Imperio, sino mucho más tarde, cuando las invasiones de los bárbaros lo hubieron despedazado para crear con sus girones cien Estados independientes, y cuando a virtud de una profunda e insensible modificación del sentimiento jurídico, se hubo admitido que la soberanía del Estado puede estar compartida entre muchas ciudades.

Por causa de la importancia que el rango de capital comporta, han solido suscitarse en algunas naciones modernas donde ninguna ciudad tenía antecedentes para asumir el carácter de metrópoli, rivalidades que han llegado a poner en peligro la unidad del Estado. Principalmente se han suscitado ellas en ciertos Estados que se han constituído mediante la confederación de pueblos independientes o autónomos porque al confederarse las ciudades que antes habían sido cabezas, no siempre se han resignado a ceder su antiguo rango a una sola. La designación hecha en Suiza de tres ciudades, Berna, Zurich y Lucerna, para que anualmente se alternasen en el rango de capital, no fué más que una transacción entre las contrapuestas e incompatibles pretensiones de los cantones autónomos.

---

et conserva la supériorité légale et reconnue que méritaient son rang et le souvenir de son ancienne grandeur». Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*. t. I, et chap. XIII, pag. 228 et chap. XVII, pag. 302.

No vayamos a imaginarnos (observa Tarde) que Roma, era respecto del Imperio Romano lo mismo que nuestras capitales son respecto de los Estados contemporáneos. Podría desaparecer París sin que cesara de existir la Francia, y la destrucción de Berlín no traería necesariamente consigo la de Prusia, y la Inglaterra podría muy bien seguir viviendo cuando una invasión enemiga destruyera por completo a Londres. Tarde, *Les transformations du Pouvoir*, pag. 110. Por el contrario, si en la Antigüedad hubiera perecido Roma, con ella se habría acabado el Imperio Romano.

Al presente, todos los pueblos cultos han renunciado, en interés de la administración y del gobierno, al absurdo régimen de la continua mutuación de la capital. En las naciones civilizadas, donde el Estado desempeña funciones tan complejas y en parte tan técnicas, no funcionan con acierto los Poderes Públicos si no tienen a mano archivos, bibliotecas, laboratorios, museos, oficinas estadísticas, etc., etc.; y estas cosas ni son prácticamente trasportables, ni se las puede establecer en varios lugares (*d h*). La experiencia ha persuadido a los pueblos a sacrificar sus pretensiones particulares, ordinariamente lugareñas, en aras del interés general del Estado.

¿Cuál de entre las muchas ciudades que hay en cada nación se debe elegir para capital del Estado? Si para elegir la capital no se hubiera de atender más que a las ventajas y desventajas que las unas tienen con respecto a las otras, el asiento de los Poderes Públicos se debería establecer en aquella que por su situación más central, estuviera más equidistante de todos los puntos del perímetro fronterizo; que por su situación topográfica, se encontrase más a salvo del peligro de una captura; que merced a la mayor fertilidad de sus alrededores, pudiera asegurar mejor la satisfacción de las necesidades de su alimentación y de su crecimiento; que por su mayor población, riqueza y cultura, hubiese conquistado la hegemonía desde antes que se la diese el rango de cabeza suprema, y que por su más resuelta y decisiva actuación en la historia nacional, hubiese conspirado más eficazmente a la formación del Estado. La ciudad que en un país reune todas estas condiciones es la capital *natural* del Estado. Ejemplos: París, Roma y Santiago, ciudades que aun privadas del título de capital, seguirían en Francia, en Italia y en Chile a la cabeza de la cultura nacional y del movimiento político.

Empero, no siempre está la práctica de acuerdo con la teoría. Por obra de las necesidades políticas, ha solido

(*d h*) Vallaux, *Le Sol et l'État*, § 65.

darse el rango de capital a una ciudad que no cumplía ninguna de las condiciones enunciadas. Por obra de la rivalidad entre ciudades que anteriormente habían ocupado igual rango, ha solido suceder que aquella a quien correspondía hacer de cabeza ha sido privada del título de capital por una liga de sus rivales. En estos y en otros casos análogos, se ha obviado a veces la dificultad mediante la construcción de una ciudad que dejando a salvo el amor propio de las poblaciones rivales, ha asumido sin mérito alguno la dignidad de capital del Estado. Las capitales así formadas se llaman capitales *artificiales*. Ejemplos: Madrid y Wáshington (*d i*), que privadas de las ventajas que el título de capital comporta, nunca habrían ascendido de la categoría de ciudades de segundo orden.

En la Edad contemporánea se ha amenguado enormemente la importancia de aquellas condiciones naturales que las ciudades deben cumplir para aspirar al rango de capitales. Merced principalmente a la multiplicación y al perfeccionamiento de los medios de comunicación, se puede decir sin hipérbole que más o menos desde cualquier lugar de un país se puede gobernar con facilidad a la nación entera. Sobre todo, el ferrocarril, el vapor y el telégrafo, que permiten transportar la fuerza tan pronto como se imparte la orden, habilitan a ciudades situadas en los extremos, por ejemplo, a San Petersburgo y Buenos Aires, para servir de asientos de los Poderes Públicos con tanta eficacia como la ciudades centrales de Moscow y de Córdoba (*d j*).

Cualesquiera que sean las condiciones de una ciudad, cuando se la confiere el título de capital, *ipso facto*, queda dotada de un doble poder de atracción para prosperar y de irradiación para difundir su cultura por todo el Estado. Es éste un fenómeno espontáneo que afecta al orden eco-

(*d i*) Vallaux, *Le Sol et l'Etat*, § 63.

(*d j*) La interesante historia de la erección de Buenos Aires en capital federal de la República Argentina, se puede leer en Rivarola, *Del Régimen Federativo al Unitario*, cap. XVII.

nómico, al orden político, al orden jurídico, y en una palabra, al orden social entero.

A la ciudad cabecera acuden de todo el Estado los braceros y proletarios porque en sus permanentes construcciones de obras públicas encuentran siempre trabajo bien remunerado; acuden los que se han enriquecido en las provincias porque en ella la vida ofrece más comodidades; acuden los solicitantes de empleos, porque en ella residen los supremos dispensadores; acuden los políticos y los ambiciosos porque allí están los Poderes Públicos que hay que escalar; acuden los investigadores y los eruditos porque de ordinario no encuentran en otros lugares una Biblioteca Nacional, un museo histórico, un archivo general, museos de etnología, de etnografía, de historia natural, de artes, de industrias, etc.; acuden, en fin, los mejores artesanos, los mejores industriales, los mejores arquitectos, los mejores artistas porque la afluencia de las fortunas acumuladas en las provincias y la progresiva cultura de una población en incesante desarrollo dan lugar a la demanda de las mejores aptitudes en todos los órdenes de la actividad humana y a la creación de las industrias del lujo y de obras de arte. En una palabra, la vida nacional propende espontáneamente a concentrarse con mayor intensidad en la ciudad capital de cada Estado (*d 1*).

De esta fuerza de atracción y de progreso están dotadas no solo las capitales de los Estados, sino también, siquiera sea en menor grado, las de las circunscripciones territoriales. Los romanos, que apreciaban las ventajas anexas al rango de capital, acostumbraban a conferirlo en los Estados vencidos, no a las poblaciones más importantes, sino a las que les habían sido más leales. Según Marquardt, Augusto formó en las Galias 64 distritos administrativos, y todas las grandes ciudades que actualmente florecen en Francia traen su origen de las 64 aldeas que entre las 300 o 400

(*d 1*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 136. Tarde, *Les Transformations du Pouvoir*, pag. 106.

que había en el territorio galo, eligió el emperador para capitales de dichas circunscripciones (*d ll*).

Pero el fenómeno que venimos estudiando es de naturaleza doble porque a semejanza del maestro que estudia para enseñar y que enseña tanto más cuanto más estudia, esta fuerza de atracción y de progreso de las capitales actúa siempre combinada con una fuerza proporcionalmente igual de irradiación. Por efecto del mayor perfeccionamiento de sus industrias, de la mayor grandeza de sus construcciones, del mayor esplendor de sus artes, de la mayor belleza de sus teatros, de sus plazas, de sus paseos, la ciudad capital se atrae la admiración de las demás agrupaciones urbanas y espontáneamente se convierte en un modelo nacional cuyo régimen, cuya administración, cuyas modas, cuyas obras, cuyos adelantamientos todas tratan de imitar.

Demóstenes nos informa que no satisfechas con la mera adaptación de la legislación ateniense, varias ciudades griegas habían adoptado la práctica de hacer suya toda ley que Atenas dictaba para su propio y exclusivo gobierno (*d m*); y Dareste dice que el derecho municipal dictado para Stockholmo, en el siglo VIII, fué a poco adoptado por las demás ciudades de la Suecia (*d n*).

Por lo tocante a las colonias romanas, observa Friedländer, en mayor o menor grado todas aspiraban a presentarse bajo las apariencias de una copia reducida de la capital, ambición que se manifestaba hasta en la práctica de tomar sus nombres en los sitios de Roma. Así, Ariminum tenía su Aventino, además de su Germalus y un Velabrum. Lo mismo decimos de Antioquía en Pisidia, que ostentaba además un cuartel toscano. En Benevento había una región esquilina, en Herculano una región palatina, y un Vaticano en Lyon y en Mattiacum, capital del

(*d ll*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 129 et 130.

(*d m*) Demosthène et Eschine, *Oeuvres*, t. VII, pag. 349.

(*d n*) Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*, pag. 281.

país de los Cattes (la Hesse de nuestros días). Así mismo, tanto las colonias como los municipios tenían a ejemplo de Roma termas, teatros, circos, anfiteatros, y sobre todo, plazas públicas (*fora*), adornadas de templos y pórticos. A ninguna faltaba tampoco un Capitolio edificado en alguna altura, y de ordinario coronado como el de Roma, por templos consagrados a Júpiter, a Juno y a Minerva (*d ñ*).

Si bajo el respecto legal son capitales aquellas ciudades que la autoridad designa para asientos de los gobiernos locales, de los Poderes Públicos y de las jefaturas generales de la Administración, bajo el respecto social corresponde de hecho esta dignidad a las más grandes ciudades del Estado.

Son, en efecto, las grandes ciudades las que espontáneamente hacen cabeza en la nación, las que personifican su cultura superior, las que fijan el molde y la vitalidad de las modas, las que sostienen las mejores instituciones científicas y de beneficencia, las que imprimen rumbo al progreso general, las que dan forma y vida a las grandes aspiraciones nacionales. Cuando las capitales se fijan en ciudades de menor importancia o construídas *ad hoc*, su legítima influencia es de continuo contrarrestada y aun a menudo neutralizada por la de las grandes ciudades. París no dejó de ser la capital de Francia mientras el gobierno residió en Versalles, y New-York, Boston y Filadelfia tienen mejores títulos que Wáshington para llamarse capitales de los Estados Unidos de Norte América.

En realidad, las grandes ciudades son las capitales naturales del Estado porque aun privadas de esta dignidad, dirigen el espíritu nacional y encabezan su cultura. Tocqueville ha manifestado como por haberse concentrado principalmente en París la vitalidad de la nación francesa, esta ciudad ha anulado de tal suerte la personalidad política de las demás poblaciones que desde 1789 no ha imperado

---

(*d ñ*) Friedländer, *Moeurs Romaines du régne d'Auguste*, t. III, liv. IX, chap. I, pag. 175.

Rowe, *El Gobierno de la Ciudad*, cap. I, pág. 14.

más voluntad que la suya (*do*). Su influencia no sería menor si perdiese el rango de capital.

Por desgracia, no siempre está libre de graves dificultades la residencia de los Poderes Públicos en medio de grandes poblaciones. Como ya se ha observado, toda gran ciudad es para el Estado un ambiente preñado de peligros, peligros a menudo sorpresivos, que son los más graves. En parte alguna, observa Laveleye, resalta más que en las grandes ciudades el irritante contraste de la opulencia y la miseria. Allí es donde cada día, la nata de los ociosos ostenta los refinamientos de un lujo insultante a la vista de obreros que a menudo no ganan lo necesario para vivir; y allí es donde toman cuerpo con mayor violencia y se difunden con más sorpresiva rapidez las ideas y las pasiones hostiles para el actual orden social (*dp*). ¿Cuántas veces se ha presenciado desde 1789 en adelante el anómalo espectáculo de las muchedumbres proletarias e ignaras de París cambiando la forma de gobierno de Francia y fijando los destinos generales de aquella gran nación?

En vista de los peligros que las grandes ciudades ofrecen al Estado, algunos publicistas se han puesto a sostener que en cada país el asiento de los Poderes Públicos se debe establecer lejos de ellas, en poblaciones poco numerosas. En defensa de esta doctrina, Laveleye presenta a las naciones europeas el ejemplo de los sabios y previsores norteamericanos, los cuales así en la Federación como en los Estados particulares, han designado pequeñas ciudades para asientos del gobierno y el parlamento (*dq*).

Empero, esta doctrina, que por su carácter político nada vale si no se la puede aplicar, tropieza en la práctica con

(*do*) Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, chapitre VII.

Tarde, *Les Transformations du Pouvoir*, pag. 107.

(*dp*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. I, pag. 96 et 335.

(*dq*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. I, page 96 et 335.

obstáculos insuperables porque una cosa es designar para capital una pequeña ciudad cuando el Estado viene naciendo y otra muy diferente cambiar el lugar del asiento de los Poderes Públicos cuando el Estado cuenta algún tiempo de existencia.

Verdad es, por ejemplo, que en Chile, bajo el respecto teórico, tendría inapreciables ventajas políticas la traslación del asiento de los Poderes Públicos a una ciudad de segundo orden como Quillota, o a un puerto nuevo como Llico, pues en Santiago el gobierno está sometido regularmente a influencias que son muy conservadoras arriba o muy demagógicas abajo y que en uno y otro caso no representan bien la opinión media de la República. Establecido en una población secundaria, quedaría sujeto por largos años a la influencia exclusiva de los representantes del pueblo.

Pero es el caso que esta traslación sería prácticamente punto menos que imposible. No podría ella comprender los tribunales superiores de justicia, que para funcionar necesitan como ambiente un foro más o menos ilustrado; y el cuerpo de abogados residente en Santiago, elemento importantísimo de nuestra clase política, no se iría a establecer en Quillota o en Llico por el gusto de vivir cerca de los Poderes Públicos. Si estos obstáculos se salvaran, habría que construir para efectuar la traslación en términos convenientes y decorosos casas para el gobierno, para los ministerios, para el Congreso, para los tribunales, para las direcciones superiores de los servicios públicos, y habría que fundar archivos, bibliotecas, oficinas de estadística, etc.; todo lo cual no se podría hacer en pocos años e impondría gravámenes tan abrumadores que mucho antes de llegar al fin el Erario habría caído en falencia. *Mutatis mutandis* los demás Estados no tendrían más facilidades que Chile para efectuar la traslación.

Por otra parte, lleva envuelta la doctrina la periódica repetición de las mismas dificultades y de los mismos gravámenes. Si los Poderes Públicos se deben establecer en el seno de pequeñas poblaciones, la conclusión es que la traslación se debe repetir cada y cuando la capital, por

efecto de su crecimiento y de su atracción, se convierta en gran ciudad. Si para efectuar las traslaciones, se pudieran vencer los intereses y las tradiciones que arraigan a los Poderes Públicos en las ciudades donde siempre estuvieron, sería aquello el cuento de nunca acabar.

Aun cuando estas objeciones no miran al fondo de la doctrina sino a su inaplicabilidad, incurriríamos en error si creyésemos que ella es aceptable en abstracto. Salvo casos excepcionales, las grandes ciudades deben ser las capitales legales de los Estados porque son sus capitales naturales. El que haya en ellas mayores peligros políticos no es razón para que el Estado las abandone en manos de autoridades inferiores sino al contrario para que saliendo al frente de las dificultades, establezca allí el asiento de aquellos Poderes que pueden obrar con más rapidez y energía porque para obrar no tienen que consultar a otros ni aguardar órdenes o instrucciones (*d r*).

§ 44. ¿Cómo se debe distribuir la población en cada Estado? ¿Por iguales partes entre los campos y las ciudades o en una proporción diferente?

Cuestiones son éstas que las escuelas del libre cambio y el individualismo se concretan a plantearlas sin resolverlas, pero que la ciencia política debe estudiar a fondo porque interesan sobre manera al bienestar y a la paz de los Estatados. Busquemos la solución.

Ante todo, conviene observar que la distinción de habitantes rurales y habitantes urbanos no significa por cierto que haya en el país dos poblaciones, mucho menos dos poblaciones independientes. Aun cuando una porción de ellos viva dispersa en los campos y otra agrupada en las ciudades, en cada Estado no hay más que una población, cuyos elementos componentes, después de un lento, largo e insensible trabajo de diferenciación, de integración y de

(*d r*) En Chile nunca se ha dictado ley alguna que designe a Santiago u otra ciudad para capital de la República, y ni aun se ha señalado el lugar en que el Congreso Nacional debe celebrar sus sesiones, como lo prescribe el artículo 37, inciso 12 de la Constitución.

acomodación, se han amoldado y conectado recíproca e indisolublemente. Schäffle observa con mucha razón, que el bienestar de las ciudades trasciende a los campos y que cuando la población urbana se siente satisfecha, la misma satisfacción experimenta la población rural (*d s*). Tal es la verdad; pero también es verdad la proposición inversa, que la prosperidad de la agricultura trasciende a las industrias urbanas y que la miseria de los campos se hace sentir en las ciudades. Por qué? porque la población es una.

Como si la población constituyera un cuerpo orgánico, no se puede separar la parte urbana de la rural porque a virtud de la estrecha conexión que de antiguo se ha establecido entre ambas, la una necesita indispensablemente de la otra. Los caminos, que a la manera de los radios de una circunferencia salen de la ciudad y llegan hasta el perímetro del territorio rural, son como los nervios o vínculos de unión que mantienen la unidad orgánica de la población entera (*d t*).

Así mismo, conviene observar que cuando no sobrevienen causas extrañas de perturbación, las poblaciones se acomodan por sí solas en sus respectivos territorios y se distribuyen espontáneamente entre los campos y las ciudades en proporción al estado de las industrias rurales y de las industrias urbanas. La misma ley natural que fija la densidad demográfica de cada país (§ 16) rige también su distribución. De donde se infiere que ordinariamente estas cosas se arreglan bien por sí solas.

No obstante, ha solido ocurrir que por una u otra causa, las más de las veces por torpezas políticas que de antiguo han perturbado el desenvolvimiento normal de las poblaciones, se han encontrado los gobernantes en la necesidad de levantarlas de un estado de atraso, ocasionado por la decadencia de las ciudades, o en la de aliviarlas de un

---

(*d s*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 675.

(*d t*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 130, 138 et 139.

profundo malestar, ocasionado por la despoblación de los campos. En tales casos, se requiere indispensablemente la intervención del Estado para estimular o el aumento de las poblaciones urbanas, o el de las poblaciones rurales.

La política misma, considerada en su más noble significado, puede interesarse en la redistribución de las poblaciones.

En todos los países donde florece la civilización europea, unas y otras poblaciones manifiestan tendencias diferentes, políticamente antagónicas, pero socialmente complementarias, porque mientras las unas son progresistas y a menudo revolucionarias, las otras son conservadoras y a menudo reaccionarias.

En las ciudades, donde el comercio intelectual es más directo y más rápido, las nuevas doctrinas se difunden con suma facilidad, y a menudo apasionan a las muchedumbres desde antes que la discusión y el estudio las aquilaten y acrisolen. Por la inversa, ellas penetran muy lenta y trabajosamente en el intelecto de las poblaciones rurales, y a veces, siglos después de difundidas en las ciudades y de incorporadas en la ciencia, tropiezan en los campos con resistencias invencibles (*d u*).

Uno de los más excelsos estadistas contemporáneos se propuso deliberadamente hacer servir a la paz de un grande imperio esta tendencia conservadora de las poblaciones rurales. Habiéndose probado frustráneamente para pacificar a la Irlanda todos los medios, ora de violencia, ora de benignidad, que la política empírica aconseja, Williams E. Gladstone imaginó un día un nuevo medio para infiltrar a los irlandeses el espíritu de orden, cual fué el de convertirles en habitantes rurales dándoles participación en la propiedad agrícola. Al efecto, propuso que se expropiase a los lores terratenientes una parte de sus fundos y que dividida en pequeñas parcelas, se la vendiese a los irlandeses por precios

(*d u*) Rowe, *El Gobierno de la Ciudad*, cap. V, págs. 109 a 113, y 119 a 124.

pagados a largo plazo y con un interés muy bajo. Por causa de su fracaso, fracaso esencialmente transitorio, sus aspiraciones no se han venido a realizar sino en nuestros días, largos años después de su fallecimiento.

La política inversa se impuso a los Estados medioevales. En los siglos subsiguientes a las invasiones, la nobleza de origen bárbaro, afecta a la agricultura, se fué a vivir en los campos, a la sombra de los castillos, del trabajo de los siervos, y las antiguas poblaciones romanizadas siguieron agrupadas a la defensiva viviendo en las ciudades del trabajo de los obreros y de los esclavos. Por causa de esta distribución espontánea, la dirección política de los Estados quedó radicada durante varios siglos fuera de las ciudades; fenómeno nunca visto antes ni después en la vida de los pueblos. De aquí proviene que mientras la historia antigua habla siempre de las ciudades y apenas menciona los campos, la historia medioeval anterior al siglo XI, habla siempre de los campos y apenas menciona una u otra vez a las ciudades (*d w*). Evidentemente, para levantar a los pueblos de la postración en que las invasiones bárbaras los habían sumido, era indispensable dar nueva vida a las ciudades; y precisamente fué lo que por su propio interés hizo la reyecía desde el siglo XI adelante con la lentitud, las intermitencias y la flojedad propias de una política que se seguía sin propósito deliberado.

Al estadista, de consiguiente, no siempre es lícito contemplar con indiferencia la distribución de los habitantes del territorio. Muy a menudo puede verse requerido a intervenir ora por las necesidades del orden, ora por las del progreso.

(*d w*) Thierry, *Histoire du tiers État*, chap. I, pag. 15.

Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. IV, leçon XVI, pag. 213, et leçon XVIII, pag. 251.

Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, leçon VII, pag. 198.

Fustel de Coulanges, en oposición a todos los historiadores, sostiene con mucho fuego que las ciudades medioevales nunca perdieron el predominio y que en ellas tuvieron sus asientos y capitales los funcionarios francos. Fustel de Coulanges, *La Monarquie Franque*, chapitre X, pag. 186.

Muy a menudo también habrá de intervenir para contrarrestar los efectos de una distribución desproporcionada y anómala, ocasionada por causas perturbadoras. ¿Quién no comprende, verbi gracia, que la falta permanente de policía rural, dando lugar al bandalaje, ocasiona a la larga en los campos una despoblación que corresponde al Estado remediar?

Lo difícil no es encontrar fundamentos que justifiquen la intervención del Estado, sino escogitar los medios que se hayan de emplear para ejercerla con eficacia y sin daño de la libertad. El histórico fracaso de la política romana en este negocio es una lección que los pueblos deben tener siempre presente.

Hacia los fines de la República y principios del Imperio, la población de la capital del mundo había llegado a un estado pletórico que causaba hondas inquietudes a los gobernantes. No era que faltase la cabida material porque desde aquellos siglos prehistóricos o meramente tradicionales en que todos los romanos podían ampararse dentro de las murallas que circundaban el Palatino, la ciudad había crecido y embellecídose enormemente (*d* v). De una me-

(*d* v) Según las tradiciones que se conservaron hasta los tiempos del Imperio, el diámetro del primitivo territorio romano no medía más de 60 a 80 estadios (cada uno de 180 metros), puesto que Strabón dice que los pueblos circunvecinos independientes vivían a 30 o 40 estadios de Roma, y que entre la quinta y la sexta piedra miliaria a partir de dicha ciudad, había un lugar llamado *Presti*, por donde, según la tradición, pasaba la frontera del territorio. *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 2 et 4.

Gabias, ciudad de los voltcos, que fué subyugada por los romanos en los tiempos de Tarquino el antiguo (Tito Livio, *Décadas*, t. I, lib. I, pág. 86), se levantaba a no más de 12 millas de Roma. Por el Tíber tampoco llegaba el territorio romano hasta el mar, puesto que el mismo Tito Livio cuenta que sólo bajo el reinado de Anco llegó el imperio del Estado hasta el Mediterráneo, tomando a los veyos la selva Moesia. Tito Livio, ob. cit., t. I, pág. 58. Roma está situada a 27 kilómetros del mar.

Según Dionisio de Halicarnaso, la ciudad de los veyos, que era tan grande como Atenas y pasaba por la plaza más fortificada del país de los tyrnhenos, se levantaba a 100 estadios de Roma, esto es, a 18 kilómetros. Dénys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chapitre XIII, pág. 111.

dida tomada personalmente por Plinio el joven en los tiempos de Vespasiano, resulta que desde la columna áurea, plantada en el foro para servir de punto de partida del vasto sistema de viabilidad, hasta las murallas de circunvalación se contaban en línea recta 3765 pasos, por manera que el diámetro del circuito *intramuros* medía unos 7530 pasos. Pero si también tomamos en cuenta los arrabales de *extramuros*; el diámetro medía alrededor de unos 14.500 pasos. Lo cual significa que el perímetro urbano alcanzaba más de 40 kilómetros de desarrollo (*dx*).

Desde las conquistas de Grecia, del Asia Menor y del Egipto (*dy*), por efecto de las extraordinarias riquezas y esclavos ganados a los enemigos, el embellecimiento de Roma se había desarrollado a la par con su crecimiento. Un siglo antes de la Era cristiana, poco antes o poco dès-

(*dx*) Plinio, *Histoire Naturelle*, t. I, liv. III. chap. VIII, § 13 et 14.

En el texto, que como se sabe, es traducción de Littré, los datos numéricos están errados y en parte se contradicen. Por un lado dice el texto que el desarrollo de las murallas medía 13.200 pasos y por otro que la medida del radio dió 30.765 pasos. Si el radio medía 30.765 pasos, lo que da 61.530 para el diámetro, el desarrollo de la circunferencia habría alcanzado a más de 184.000 pasos. Suprimiendo el cero en la medida del radio, tenemos el diámetro de 7530 pasos, pero en tal caso el desarrollo de la circunferencia sería, no de 13.200 pasos, sino de más de 22.000. Bergier da los datos numéricos con mayor exactitud en su *Histoire des grands chemins de l'Empire Romain*, t. I, liv. II, § XVI, N° 4 et liv. III, § XVII, N° 4 et 5.

Conviene advertir que por efecto del desbordamiento de la población, la que vivía *intramuros* era desde antes de la caída de la República menor que la que vivía en las afueras. Según Dionisio de Halicarnaso, fué Servio Tulio quien dió el último ensanche a la ciudad de Roma, y las murallas que este monarca construyó no abarcaban un recinto urbano mayor que el de Atenas. Por causa de la relativa estrechez de este recinto, la población empezó por ocupar todo el *pomerium*, que era una avenida circular que corría a lo largo de las murallas, y en seguida formó los arrabales o barrios *extramuros*. Dénys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. III, liv. IV, chap. IV, pag. 37.

Tito Livio, *Décadas de la Historia Romana*, t. I, lib. I, pág. 74.

(*dy*) Plinio, ob. cit., liv. XXXIV, § XVI.

pués del año 659 de Roma, el orador L. Crassus, adornó el atrio de su casa con unas seis columnas de mármol de Hymeto altas de 12 pies; lujo nunca visto que escandalizó a las preocupaciones lugareñas; pero el ejemplo no se perdió. El año 676 de Roma, la casa más magnífica de Roma era la del cónsul M. Lepidus; solo 35 años más tarde, ella ocupaba el 100° rango en orden descendente; y en los tiempos de Plinio, se contaban por millares las que la superaban (*d z*).

Mucho mayor fué la riqueza de las obras destinadas al solaz y placer del pueblo. Los baños, los circos y los teatros que en la misma época se empezaron a construir en Roma, llegaron a sobrepujar los más espléndidos que se veían en otras naciones. En la primera mitad del último siglo de la Era antigua, M. Scaurus, yerno de Sila, hizo construir, mediante una enorme fortuna formada con las confiscaciones, un teatro destinado a durar no más de 30 días. Constaba el edificio de tres pisos, el primero de mármol, el segundo de vidrio y el tercero de madera dorada, y descansaba sobre 360 columnas marmóreas, altas de 38 pies, entre las cuales se levantaban 3000 estatuas arrebatadas a los pueblos vencidos. Dentro de aquel esplendente recinto, cabían 80.000 espectadores sentados.

Pocos años después alcanzaba gran popularidad un prosélito de Julio César, llamado C. Curión, merced a la singular extravagancia de unos dos edificios que hizo construir. No pudiendo competir con Scaurus en magnificencia, se propuso sobrepujarlo en ingenio y levantó dos teatros de madera que jiraban sobre ejes. A ciertas horas del día, los dos edificios se unían por la parte trasera y entonces en cada uno de ellos se celebraban juegos sin molestar a los del otro. A otras horas, se juntaban de frente y entonces quedaban ambos formando un solo y grande anfiteatro de gladiadores.

(*d z*) Plinio, *Histoire Naturelle*, t. I, liv. XVII, chap. I, et t. II, liv. XXXVI, § III et XXIV, § 7

Por último, hacia la misma época, el dictador Julio César hizo construir un circo que medía tres estadios (540 metros) de largo, y uno (180 metros) de ancho, y que podía contener 260.000 espectadores sentados (*e a*).

A los incentivos con que la maravillosa metrópoli atraía a los hombres de placer de todo el Imperio, se agregaban los de una institución administrativa que se había fundado en beneficio exclusivo de los ciudadanos romanos, que fué una de las causas principales de la plétora de la población y que sin duda precipitó el derrumbe de la República; queremos hablar de la *Annona*, institución fundada para repartirles raciones de cereales.

Por efecto de la subyugación de la Sicilia, de la España y del África, Roma venía recibiendo anualmente una cantidad tan enorme de tributos (los cuales se pagaban en especie) que después de satisfechas liberalmente todas las necesidades del Estado, quedaba sobrante la mayor parte. Entonces empezó la plebe a exigir que se la distribuyera la parte sobrante de los tributos, alegando que habían sido ganados al enemigo con sus esfuerzos y su sangre. Los demagogos y los tribunos, movidos por el propósito de captarse las adhesiones de los plebeyos, se mostraron tan complacientes ante estas exigencias que compitieron en liberalidad a costa de la República. Por efecto de la puja que se trabó entre ellos, en pocos años quedó establecido que las raciones de cereales se repartirían mensual y gratuitamente a los proletarios, a razón de cinco *modii* por persona (*e b*).

Jamás en parte alguna se estableció institución que ocasionara mayores estragos. En la certeza de que en Roma

(*e a*) Suetonio, *C. J. César*, pág. 48.

Plinio, ob. cit., t. II, liv. XXXIV, § XVII, liv. XXXVI, § II, et § XXIV.

Strabon, *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 8.

(*e b*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 144 et 157.

Villard, *Le Prolétariat*, liv. III, pag. 95 et 101.

tenían asegurados sin trabajar el sustento y el placer, los romanos, que siempre habían sido afectos a la agricultura, abandonaron los campos en manos de los esclavos y se vinieron a vivir ociosos en la metrópoli, a explotar las ambiciones de los demagogos, a trabar sangrientas luchas en pro de sus cohechadores. Bajo la dictadura de Julio César, alcanzó a 400.000 el número de padres de familia alimentados por la *Annona*, y bajo la de Augusto, a 320.000.

Por efecto de tan desastrosa política, desaparecieron en los campos romanos los pequeños predios, que durante largos siglos habían constituído la base conservadora de las instituciones republicanas. Tan rápida y tan intensamente se operó la concentración de dominios que, según Plinio, la vasta provincia de África estaba repartida en el primer siglo del Imperio entre solo seis propietarios. A la vez, se restringieron sobre manera, particularmente en Italia, las labores agrícolas de carácter reproductivo, porque no habiendo consumo interior ni comercio exterior, se las concretó al cultivo de quintas, vergeles y jardines, y en escala reducida, al pastoreo y a la viticultura (*e e*). La producción de cereales llegó a ser tan escasa que cuando a causa de los vientos contrarios, se retardaba el arribo de los tributos a Roma, la población no tenía otras fuentes para proveerse de alimentos, y bajo la amenaza del hambre, ponía en peligro la paz del Imperio.

Estas múltiples tentaciones con que Roma ejercía su poder de atracción se completaban con el más vasto sistema de viabilidad que la historia recuerda; sistema que tenía su punto de partida o si se quiere de llegada en una columna de oro plantada en el foro y se desarrollaba y ramificaba hasta tocar por todas partes el perímetro fronterizo del Imperio. Uno de los caminos, largo de 4400 millas, unía York con Jerusalén pasando por Londres, Boulogne,

(e e) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pág. 140, 141, 142, 143.

Plinio, *Histoire Naturelle*, t. I, liv. XVIII, VII, § 8.

Reims, Lyon, Milán, Roma, Brindisi, Bisancio, Antioquía y Tiro (*e d*).

Para dar cabida a la enorme y creciente afluencia de súbditos y ciudadanos venidos de todas partes del Imperio, Roma había crecido horizontalmente desbordándose fuera de las murallas hasta extenderse en una circunferencia de 40 a 45 kilómetros, y verticalmente superponiendo piso sobre piso hasta alcanzar alturas nunca vistas. Dado que Augusto limitó la altura máxima a 70 pies, en la cual caben desahogadamente siete u ocho pisos cómodos de arriendo barato, es claro que antes de esta ordenanza se construían edificios más altos (*e f*).

En mérito de comparaciones hechas con grandes ciudades de nuestros días, especialmente con París, Londres y Berlín, tomando en cuenta el área del recinto urbano, el número y altura de las casas, etc. (*e g*) se ha tratado por muchos historiadores y arqueólogos de determinar la población de Roma a los principios del Imperio. Pero los datos que se ha pretendido utilizar para la inducción son de carácter tan congetural, que según uno de estos autores, la población era de 1.200.000 habitantes; según otro, de 1.650.000; según otro, 2.265.000; según otro, de 4.000.000, y según otro, de 14.000.000! (*e h*).

(*e d*) Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, t. II, liv. V, chap. IX, § I.

Strabon, *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 9.

(*e f*) Strabon, *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 7.

(*e g*) Según una descripción de Roma, hecha en el año 357, y fundada en un documento oficial que se redactó entre los años 312 y 315 de nuestra Era, había en la ciudad 1790 palacios y 46.602 *insulæ*, o casas aisladas. Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 155.

(*e h*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 151 à 156.

El último empadronamiento romano de que se conservan noticias se levantó por orden de Claudio el año 48 de nuestra Era. Según Tácito, se empadronaron entonces 6.944.000 ciudadanos. (Tácito, *Annales*, lib. XI, cap. XXV), Mas como el privilegio de la ciudadanía se había otorgado

Afortunadamente estos estudios congeturales son inoficiosos para nuestro propósito porque no es el número de habitantes lo que crea el estado pletórico; es su desproporción con el desarrollo alcanzado por las industrias urbanas. Si las industrias urbanas pueden alimentar 6 o 7.000.000 de habitantes como en Londres, no hay plétora con una población tan enorme; si no pueden alimentar más de 50.000 habitantes, hay plétora con una población de solo 100.000. Cualquiera que fuese el número de habitantes de Roma a los fines de la República y principios del Imperio, ello es que la ciudad estaba en estado pletórico.

Ante aquella muchedumbre venal, corrompida, desafecta a la República, sin civismo, los mismos demagogos y ambiciosos que la habían utilizado y halagado se sintieron alarmados e hicieron los más grandes esfuerzos para descargar de ella a la ciudad de Roma. Con este propósito, ya que ninguno osaba tomar sobre sí la responsabilidad de suprimir la *Annona*, limitaron por una parte el número de ciudadanos con opción al reparto gratuito de cereales (*o i*), y acometieron por otra la empresa de fundar colonias de proletarios lejos de la metrópoli. Desde Sila, que radicó 140.000 legionarios, ya desocupados, en las tierras italianas confiscadas a sus enemigos, y desde Julio César, que a su turno radicó en una ocasión 80.000, fueron muchas las colonias fundadas por los cónsules, generales y soldados victoriosos.

Pues bien, todos aquellos esfuerzos fueron completamente frustáneos. Apenas se abría un vacío por causa de los colonos que partían, se llenaba con los nuevos inmigrantes que llegaban. Aun cuando algunos emperadores llegaron a suspender la comerciabilidad de las suertes de tierra y a convertir los colonos libres en siervos prohibiéndo-

ya a toda Italia, no podemos calcular sobre la base de este número la población de Roma, sino la de toda la península, que se ha computado en unos 25.000.000.

(*o i*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 145 et 149.

les alejarse de sus propiedades, las incitantes tentaciones de Roma podían más en el ánimo de los romanos. El número de los que afluían era mayor que el de los que la autoridad alejaba; y aquella masa de proletarios que se rehacía por acrecimiento después de cada tajada que se la cortaba, se prestó primero para eliminar de los negocios públicos a todos los hombres probos, en seguida para derribar la República con el propósito de humillar al patriciado, y por último, para derrumbar y crear emperadores a su regalada gana.

Aquel tremendo fracaso de una política que se siguió durante más de un siglo y que parecía tan hábilmente concebida para descargar a Roma del exceso de habitantes, no prueba en manera alguna que el Estado sea impotente para redistribuir la población de una ciudad o de todo un territorio. ¿Acaso sería lícito sostener que la medicina es impotente para extirpar un tumor del hígado por el hecho de que el enfermo no ha sanado después de someterse mansamente a varias sangrías? En todo caso, hay que buscar el remedio que conviene a la enfermedad. En el caso de Roma, lo único que podemos concluir es que mientras subsistan las causas que ocasionan la plétora, los medios directos carecen de eficacia en los pueblos libres para acabar con el mal; y que si los estadistas romanos fracasaron, fué porque no obstante lo laudable de sus propósitos, no aplicaron al mal el remedio que convenía. Regida como está la diseminación demográfica por una ley natural que salvo los casos de perturbación ocasionados por causas extrañas, siempre proporciona la población a la cuantía de la producción, es claro que para acabar con la plétora no hay más remedio que fomentar las industrias tanto en los campos, para atraer el exceso de habitantes urbanos, como en las ciudades, para proporcionar su número al desarrollo industrial.

En nuestros días, viven preocupados por los efectos de un fenómeno semejante las principales naciones de Europa (*ej*) porque en todas ellas actúan ciertas causas sociales

(*ej*) Cornejo, *Sociología general*, t. I, cap. IX, § V.

y económicas que merced a los actuales medios de trasporte de las provisiones, rápidos, seguros y baratos, vienen dando un desarrollo desmesurado a las poblaciones urbanas. Mientras las ciudades no tenían más medio de comunicación que la carretera para atender a su provisión, su crecimiento estaba fatalmente limitado por la cuantía de la producción de los alrededores, y fuese por la larga duración de los viajes, fuese por la carestía de los fletes, no se podía aprovechar la leche, ni las hortalizas, ni las frutas, y muy poco la carne que se producían a la distancia. Al presente, merced a los ferrocarriles y vapores, los más lejanos centros de producción alimentan el consumo de todas las grandes ciudades. París se provee de piñas, de plátanos y naranjas en el Brasil; New York se regodea con las coles de Hamburgo, que hacen competencia a las de Missouri; y los frigoríficos de la República Argentina sacian de carne a gran número de habitantes de las principales ciudades de Estados Unidos y de Europa. En realidad, hoy no tiene límites el crecimiento de las poblaciones urbanas (*e k*).

Por efecto de estas causas y de estas facilidades, la población de las ciudades más importantes, en especial de las capitales, ha venido aumentando desproporcionalmente con relación a la población rural; y por otra parte, la masa de ociosos, de rebeldes y de miserables que en ellas se ha formado, prueba con su sola existencia que el incremento de las agrupaciones urbanas tampoco guarda proporción con el desarrollo de las industrias.

¿A cuál remedio recurrir para estirpar el mal?

En tiempos pasados, se trató de poner coto al crecimiento de las poblaciones urbanas reduciendo el circuito de las ciudades, medida de no difícil ejecución cuando todas eran amuralladas. Así fué como en Francia se dictaron en los siglos XVII y XVIII numerosas ordenanzas para reducir la ciudad de París a un estrecho circuito imponiendo condiciones que dificultaban la construcción de nuevas habita-

(*e k*) Hadley, *Le Transport par le Chemin de fer*, chap. I, pag. 2[illegible]

ciones, gravando con impuestos los materiales y las casas, y llegando hasta prohibir la construcción de nuevos edificios. Pero el crecimiento de la ciudad continuaba sin interrupción fomentado por la extrema centralización política y administrativa de la monarquía (*e l*). Para dar alojamiento a su creciente población, París estrechaba sus calles, edificaba sus patios y construía nuevos pisos sobre sus casas multiplicando inconsideradamente las habitaciones húmedas, oscuras, sin ventilación y malsanas. No pudieron ser peores los efectos de aquella errada política.

Para determinar con acierto los medios que se han de emplear contra el excesivo crecimiento de las poblaciones urbanas, es indispensable averiguar previamente las causas del fenómeno. Las causas que a nuestro juicio ocasionan actualmente la despoblación de los campos y la plétora de algunas ciudades son las siguientes:

1ª La concentración y mayor desarrollo de las industrias en las ciudades, que haciendo subir los salarios atraen a los obreros. Las destilaciones, las fábricas de encajes, las curtiembres, las vidrierías que antes estaban en los campos, se han venido instalando de algunos años a esta parte en los suburbios de las grandes poblaciones.

2ª El desarrollo de la servidumbre en las familias de las ciudades. Mientras en los siglos pasados todas las familias, salvo las de la nobleza y de la banca, se bastaban a si mismas, al presente cada una alquila para su servicio uno o más sirvientes; duplicando casi la población urbana.

3ª La concentración de la mayor parte de las obras públicas en las ciudades.

4ª La construcción de sistemas ferroviarios. Cuando la viabilidad era pesada, peligrosa y cara, los propietarios rurales vivían en sus fundos con sus familias. Hoy merced a la comodidad, a la baratura, a la seguridad y rapidez del trasporte ferroviario, viven en la ciudad y van de vez en cuando al campo.

(*e l*) Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, chap. VII, pag. 135.

5ª La adopción en grande de la maquinaria agrícola que requiriendo menos brazos para las faenas rurales, deja a muchos campesinos sin trabajo y les precisa a emigrar hacia las ciudades.

6ª La difusión de la instrucción primaria que fomentando aspiraciones nuevas en los braceros del campo, les arrastra a salir en busca de fortuna.

Conocidas las causas del desmedido crecimiento de las poblaciones urbanas, no es difícil encontrar los remedios. Si la causa es el mayor desarrollo industrial de las ciudades, hay que dividir la propiedad de los campos, hay que fomentar la agricultura intensiva, hay que dar vida a nuevas industrias rurales. Si la causa es la desmedida concentración de las obras públicas en las ciudades, hay que aumentar los fondos destinados a la construcción de puentes, caminos y ferrocarriles. En fin, si la causa es la instrucción primaria, hay que generalizarla más rápidamente para que ninguno pueda envanecerse de haberla recibido.

§ 45. Científicamente el Estado más elemental es aquel que comprende una ciudad rodeada de un territorio cuya producción baste a las necesidades de su población (*e II*).

Por muy estrechos que en las grandes naciones contemporáneas parezcan ser estos términos, es la verdad que la ciencia política tiene en ellos todos los elementos que se requieren para constituir, gobernar y administrar un Estado. Aun podemos agregar que en el Estado así compuesto, la máquina de la administración es más simple y de más fácil manejo, y sujeta a una vigilancia más directa y más interesada, ofrece mayores garantías de probidad y laboriosidad.

Hasta donde es prácticamente posible, los Estados helénicos de la Antigüedad vivieron largos siglos reducidos a las dimensiones mínimas; y merced a esta circunstancia, pudieron funcionar en ellos instituciones administrativas, políticas y jurídicas que por su naturaleza fracasan en Estados de muy numerosa población y muy extenso territorio.

(*e II*) Aristóteles. *La Politique*. liv. IV, chap. IV et V.

Compuestos, en efecto, de solo una ciudad y la comarca adyacente, establecieron sin mayores dificultades el gobierno directo del pueblo, los tribunales populares, la comunidad agrícola, las mesas comunes, (*e m*) el teatro gratuito; instituciones que no pueden prosperar en las grandes naciones, donde el número y la diseminación de los ciudadanos obstaculizan su funcionamiento.

Empero, de que tales instituciones no puedan funcionar en los grandes Estados no debemos concluir que ellos estén obligados a reducirse y estrecharse en las dimensiones mínimas. Como quiera que tales instituciones se pueden suprimir o reemplazar porque o no son esenciales o no son irreemplazables, la conclusión lógica es que debemos aceptar la existencia de los Estados con las dimensiones amplias o estrechas que la historia les haya fijado.

Mas, en oposición a esta doctrina, se ha levantado de antiguo una escuela política que partiendo de un principio absoluto, cual es, que en todo Estado todos los ciudadanos deben intervenir personalmente en las deliberaciones y decisiones de interés común, da solución diferente al problema. En el sentir de dicha escuela, encabezada por los más grandes filósofos políticos de Grecia, la extensión del territorio debe proporcionarse al número de los ciudadanos, y el número de ciudadanos debe ser tal que reunidos en el foro, alcancen todos a oir los pregones del stentor, la palabra de los oradores y la voz de mando de los generales (*e n*).

De acuerdo con esta doctrina, Hippodamus de Mileto era de sentir que el Estado no debía contar entre labradores, artesanos y defensores más de 10.000 ciudadanos; Platón sostenía que prescindiendo de los labradores y los artesanos, a quienes negaba el derecho de intervenir en los negocios públicos, el número de los ciudadanos no debía exceder de 5040, que según plausibles conjeturas, era el que

(*e m*) Aristóteles, ob. cit. liv. II, chap. VI, § 21, chap. VII, § 4 et 5, et chap. VIII, § 2.

(*e n*) Aristóteles, *La Politique*, liv. IV, chap. IV, § 7.

cabía en la pequeña plaza de Atenas; y Aristóteles enseñaba que el Estado no debía ser ni muy pequeño, porque en tal caso no se bastaría a sí mismo, ni muy grande, porque entonces se dificultaría mucho el gobierno; en suma, no debiera abrazar más que una ciudad y el territorio adyacente (*e ñ*).

Por causa de la formación del inconmensurable Imperio Romano y de las grandes naciones modernas, estaban estas doctrinas completamente desautorizadas cuando en el siglo XVIII apareció Rousseau con la pretensión de rehabilitarlas. Después de establecer que la soberanía es prerrogativa indivisible, inalienable e indelegable del pueblo, concluye este filósofo que cada Estado no debe constar más que de una sola ciudad y de solo 10.000 ciudadanos, a fin de que todos puedan ejercer la soberanía por sí mismos y en acto único (*e o*).

Por último, en pleno siglo XIX fueron estas doctrinas amparadas por la altísima autoridad del más grande de los filósofos contemporáneos. De acuerdo con Aristóteles, sostuvo Augusto Comte que cada Estado debe reducirse a una ciudad y la comarca adyacente porque tal es (dice) «según una experiencia decisiva, la más vasta sociedad política que puede nacer y durar sin opresión» (*e p*).

En conformidad con estas doctrinas, todo municipio debe constituir un Estado, y todo Estado se debe reducir a un solo municipio, o mejor dicho, no son más que una sola y misma cosa la ciudad, el municipio y el Estado.

Para los antiguos, que nunca concibieron la posibilidad

(*e ñ*) Platon, *Les Lois* liv. V, pag. 16[illegible]

Platon, *La République* liv. IV, pag. 140.

Aristoteles, *La Politique*, liv. II, chap. V, § 2, liv. III, chap. I et II et liv. IV, chap. IV et V.

Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monárquico*, lib. IV, cap. X.

(*e o*) Rousseau, *Le Contrat social* liv. III, chap. XIII.

(*e p*) Comte, *Système de Politique Positive* t. II, chap. V, pag. 290 et 30[illegible].

Aristoteles, *La Politique*, liv. IV, chap. IV, § [illegible]

jurídica de las grandes naciones, estas doctrinas aparentaban el genuino semblante de la verdad porque parecían estar fundadas en los hechos, como lo prueba la circunstancia de que tanto la ciencia cuanto la opinión vulgar confundían la noción del Estado con la de la ciudad. No importaba que por medio de la conquista se subyugasen cien pueblos a perpetuidad: cuando Roma hubo extendido su imperio hasta los límites extremos del mundo conocido, no se entendió que el Estado romano había crecido; lo que se entendió fué que no obstante haber subyugado muchos pueblos, el Estado Romano seguía reducido a la sola ciudad de Roma y la comarca adyacente. Con arreglo a este concepto, los ciudadanos romanos, sin distinción de los nativos y los adoptados, estaban obligados a trasladarse a Roma, esto es al seno del Estado, para ejercer los derechos anexos a la ciudadanía (*e q*).

En las sociedades civilizadas, no concuerda con los hechos aquel concepto jurídico del Estado. De hecho y derecho cada Estado abraza en ellas tantas ciudades y tantos territorios cuantos son los que se encuentran bajo de su soberanía. Al Estado *simple* de la Antigüedad ha sucedido incontrastablemente el Estado *compuesto*. Una doctrina que por un lado, pretende reducir cada Estado a una sola ciudad, y que por el otro, condena implícitamente la existencia de las grandes naciones, sin proponer medios prácticos y humanos de someterlas al cartabón no puede ni incorporarse en la ciencia ni contar con la adhesión de la política.

Que la democracia entendida a la manera de los griegos no puede funcionar sino en Estados diminutos, punto es que debemos aceptar sin reservas con lord Brougham (*e r*). Igualmente debemos convenir en que una ciudad con la comarca adyacente contiene todos los elementos necesarios

(*e q*) Marquardt, *L'Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 87.

(*e r*) Lord Brougham, *La Démocratie et les Gouvernements mixtes*, chap. III.

Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. IV, cap. V, pág. 195.

a la constitución y a la vida del Estado. Pero de estas premisas no se infiere absolutamente que todos los Estados deban ser pequeños, como si la democracia pura fuese el unico sistema propio para garantizar la consecución de los fines políticos, jurídicos y sociales del Estado. Como quiera que las mismas garantías encontramos en otros sistemas políticos que se adaptan indistintamente a las más grandes tanto como a las más pequeñas naciones, no tenemos porqué subordinar de manera necesaria la magnitud del Estado a las condiciones elementales requeridas por la democracia pura.

Cuando por amor a la ideología, tan fascinante para los espíritus poco científicos, quisiéramos seguir estas doctrinas, muy pronto recibiríamos la sorpresa de notar que en muchos casos ellas son impracticables aun en las condiciones fijadas por sus más insignes sostenedores.

Si cada ciudad debe constituir un Estado y cada Estado no debe contar más de 10.000 ciudadanos para que todos, reunidos en una sola asamblea, puedan deliberar en común, no se ve cómo adaptar semejante organización a Londres y a New York, a París y Buenos Aires, cuyas poblaciones se cuentan por millones. Aunque el mismo Aristóteles notó con respecto a Babilonia la incompatibilidad de su doctrina con las grandes ciudades (*es*), ello es que en principio los antiguos pudieron sostener la teoría de los Estados municipales porque a su juicio no había jurídicamente óbice

(*es*) « A quoi reconnaîtra-t-on l'identité de la cité quand le même lieu reste constamment occupé par des habitants? Ce ne sont certainement pas les murailles qui constituiront cette unité; car il serait possible en effet d'enclore d'un rempart continu le Péloponèse entier. On a vu des cités avoir des dimensions presque aussi vastes, et représenter dans leur circunscription plutôt une nation qu'une ville: témoin Babylone prise par l'ennemi depuis trois jours, qu'un de ses quartiers l'ignorait encore. Du reste.... l'étendue de la cité est un objet que l'homme politique ne doit pas négliger ». Aristóteles, *La Politique*, liv. III, chap. I, § 12.

Según lo hemos dicho más arriba (nota *kv*), Heródoto certifica que el perímetro cuadriangular de las murallas de Babilonia medía 480 estadios, o sea, 86.400 metros. Dentro de este recinto, se extendían unas lla-

para que los gobiernos impidiesen el desarrollo de la población y el aumento del número de los ciudadanos (e t). Dado que la cultura política de las sociedades civilizadas no toleraría medidas encaminadas a reprimir la procreación y el desarrollo de las poblaciones ¿cómo constituiríamos el Estado municipal en una ciudad que cuenta los ciudadanos por centenares de miles? ¿Olvidaríamos el principio fundamental, cual es, que todos los ciudadanos deliberen en acto único, y formaríamos varias circunscripciones urbanas? Y en tal caso, si tenemos el medio de aplicar a las más grandes naciones el anhelado sistema de la democracia pura, cual es el de formar circunscripciones ¿por qué habríamos de reducir el Estado a una sola ciudad?

Igualmente irrealizable es la condición impuesta por Aristóteles, a saber, que la extensión del territorio y el número de los habitantes basten a las necesidades del Estado. Comprendemos que en los grados inferiores de la civilización, cuando los Estados viven en permanente y recíproca hostilidad, y relativamente tienen pocas necesidades, cada uno se empeñe en bastarse a sí mismo. Pero en los grados superiores, esta absoluta independencia económica es utópica porque a virtud del desarrollo de la cultura, aumentan en tales términos las necesidades de la vida colectiva y de la vida individual que para satisfacerlas cada pueblo tiene que recurrir a los otros y trabar y cultivar relaciones mercantiles (e u).

Es afirmación gratuita de Augusto Comte el que una experiencia decisiva haya probado que solo los Estados municipales puedan nacer y vivir sin opresión. Si hemos de atenernos a la experiencia de la historia, ya que la de un indi-

nuras consagradas a la agricultura, donde fueron establecidos los judíos cautivos. La ciudad propiamente tal parece haber estado ceñida por una segunda muralla, menos gruesa, pero no menos fuerte que la exterior. Por lo general, las casas tenían tres o cuatro pisos.

(e t) Aristóteles, ob. cit. liv. II, chap. III, § 6, chap. IV, § 3 et chap. VI, § 13, et liv. III, chap. IV, § 5.

(e u) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 572.

viduo cualquiera no ofrece base para inducciones científicas, tenemos que llegar a una conclusión casi radicalmente inversa, porque en los pequeños Estados de la Antigüedad y de la Edad Media, fué legendaria la opresión de los de abajo por los de arriba y porque es cabalmente en las grandes naciones de nuestros días donde se han empezado a practicar las doctrinas que hacen del gobierno una institución de fomento para el progreso y de amparo para el derecho.

§ 46. Eliminando el pie forzado de la democracia pura, algunos filósofos y publicistas han disertado extensamente acerca de las dimensiones que corresponden a los Estados.

En sentir de Puffendorf, no se pueden fijar en abstracto ni la cuantía de la población ni la extensión del territorio. Los Estados, dice, que en otro tiempo, cuando los había infinitos se tenían por grandes, parecen pequeños en la Edad Moderna ante los vastos reinos e imperios que la guerra ha formado. En todo tiempo, de consiguiente, para que la existencia de cada Estado esté garantida contra el ataque de fuerzas superiores, su magnitud se debe proporcionar a la de los Estados circunvecinos (*e v*). No enseña la doctrina como se debe proceder para establecer la equivalencia entre las naciones, si suprimiendo las pequeñas o despresando las grandes.

Pero sea de ello lo que sea, observaremos con Quetelet, que no está en la mano del hombre fijar la extensión absoluta y uniforme de los Estados. Exigir la uniformidad de la extensión entre los pueblos, sería tan poco natural como exigir la de talla entre los hombres porque sobre las conveniencias que fijan sus límites comunes, están además los antecedentes históricos que actúan con fuerza incontrastable (*e x*).

Por su parte, opina Montesquieu, que la extensión de los Estados no debe ser una para todos sino que se debe

(*e v*) Puffendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, lib. VII, chap. II, § [illegible]

(*e x*) Quetelet, *Du Système Social*, pág. [illegible]

subordinar a su organización política. A su juicio, las repúblicas deben ser pequeñas porque en los grandes Estados fácilmente se forman fortunas y ambiciones desmesuradas que son amenaza permanente para las instituciones democráticas. A la inversa, todo grande imperio supone un soberano investido de autoridad autocrática porque siendo muy vasto el territorio, solo la rapidez de las resoluciones puede neutralizar las desventajas de la distancia y porque a falta de la vigilancia inmediata y directa, es necesario que aquellos pueblos y autoridades subalternas que residen lejos de la capital se sientan reprimidos por el temor. Por último, las monarquías deben ser medianas porque las pequeñas se transforman en repúblicas y las grandes no se libran del despotismo sino rigiéndose mal o fraccionándose. En nuestros días, esta doctrina ha sido apoyada por la altísima autoridad de Sumner Maine (*e y*).

Aun cuando esta doctrina, a semejanza de todas las de Montesquieu, parece estar muy bien encuadrada en la teoría general del Estado, ello es que a la luz de los hechos no resiste al más somero examen. Si en el curso de la historia, hasta nuestros propios días, siempre han existido pequeños Estados autocráticos, grandes repúblicas y monarquías de todos tamaños, tenemos que concluir que dicha doctrina no se infiere de los hechos y que científicamente la pequeñez no es condición de la república, ni la medianía peculiaridad de la monarquía, ni privilegio de la autocracia la grandeza.

A nuestro juicio, del influjo de la extensión del territorio sobre las formas de gobierno lo único que discretamente se puede decir es: 1° que la democracia pura solo es practicable en los Estados municipales; 2° que según sean sus necesidades políticas, los Estados, grandes o pequeños, se pueden regir democrática, aristocrática o au-

(*e y*) Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. VIII, chap. XVI, XVII et XIX.

Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, pag. 600 à 603.

Passy, *Les Formes du Gouvernement*. chap. III.

Pi y Margall, *Les Nationalités*. chap. I et VI.

tocráticamente; y 3º que el sistema federal con administración descentralizada es más propio de los Estados muy vastos porque en ellos no puede el gobierno nacional ni conocer todas las necesidades locales ni satisfacerlas oportunamente.

Sin excepción alguna, hay en todo imperio muy vasto necesidades locales que por su peculiaridad no se comprenden a la distancia; intereses diversos, a las veces antagónicos, que no se pueden atender por medio de leyes generales; tradiciones y creencias múltiples que se deben respetar en homenaje a la libertad de conciencia y que por ignorancia de la psicología popular, los gobernantes y los legisladores suelen vulnerar vivamente con actos que parecían ser inocentes.

Es lo que Sumner Maine observa respecto de la India. Acostumbrados los ingleses a ver una sola nación en aquel país que la Europa distingue con el nombre de India, han pretendido en ocasiones que se trasplanten al suelo indú las instituciones democráticas y representativas. Entre tanto, es la verdad, observa el insigne jurista, que los principios de la democracia y del gobierno responsable huelgan en las discusiones tocantes a la manera de organizar políticamente la India. Quien conoce la amalgama de sociedades hetereogéneas que los europeos confunden bajo de un solo nombre no puede concebir un régimen en que los 250.000.000 de indús intervengan directamente en el gobierno y puedan hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes. En las naciones europeas, que no cuentan más de 50.000.000 de habitantes, únicas donde se ha aplicado y se ensaya todavía el sistema democrático, nadie puede tener idea de las dificultades con que se tropezaría al implantarlo en un imperio de 250.000.000 de habitantes que pertenecen a muchas y muy diversas razas y se encuentran en los grados más diferentes de cultura (*ez*).

(*ez*) Sumner Maine, *Etudes sur l'Histoire du Droit*, pag. 599 et seq.

En tales condiciones, propias de todos los Estados muy vastos, se puede aceptar en ocasiones la autocracia para su gobierno, pero nunca la centralización para su administración. Ora por causa de la anarquía crónica, ora por la necesidad de organizar militarmente la nación, el gobierno autocrático, ya hereditario, ya temporal, se impone a menudo con carácter de indispensable, y en principio no hay inconveniente para que sea progresista y respetuoso del derecho; pero en el círculo limitado de la posibilidad humana, no está que sea dable a dicho gobierno dirigir bien por sí mismo la administración de todo el Estado. No es de extrañar por eso el que una de las administraciones más descentralizadas que se conocen en las naciones cultas funcione en el vastísimo imperio de Rusia bajo la mano del gobierno más autocrático de Europa (*fa*).

La antigua República romana atendió a estas necesidades políticas, peculiares de los grandes Estados, dejando a los pueblos que subyugaba la facultad de administrar sus intereses a su regalada gana. No hay para qué advertir

(*fa*) « La conmune (dice Laveleye) est la molécule constitutive de la nationalité russe..... Pour tout ce qui concerne l'administration, elle jouit d'un *self-government* aussi complet que le *township* américain ». Laveleye, *Les formes primitives de la Propriété*, chap. II, pag. II.

Hepworth Dixon, *La Russie Libre*, chap. XXXVIII.

Generalmente, aun en las obras científicas, se confunde la descentralización administrativa con la descentralización política. Para nosotros la descentralización administrativa es base fundamental de toda buena administración, sobre todo en las grandes naciones; y al contrario, la descentralización política es causa de debilidad de los gobiernos. No se puede condenar en absoluto la descentralización política porque ella se impone con carácter de inevitable en dos casos: 1º en las sociedades atrasadas cuando un pueblo subyuga a otros, en cuanto el estatuto personal deja subsistente la autonomía de las entidades subyugadas; y 2º en las sociedades civilizadas, cuando se unen para formar una sola nación varios pueblos independientes, porque de ordinario no se resignan a sacrificar su independencia sino con reserva de su autonomía. Pero en estos casos, la descentralización política es un régimen esencialmente transitorio porque la incontrastable tendencia del Estado a la unidad la empieza a minar desde el primer día por medio de leyes generales que a la larga acaban con la autonomía.

que no procedió así inspirada por una sabia política; procedió así, inspirada por su egoísmo y por el estatuto personal, que de consuno, la aconsejaban no molestarse encargándose de los servicios públicos de pueblos que había vencido y desdeñaba. El hecho histórico es que merced a la indiferencia y al desprecio con que la ciudad dominadora les trataba, se estableció espontáneamente un régimen de administración descentralizada tan perfecto que los estadistas romanos no habrían podido organizar de intento otro más adecuado.

Al reaccionar contra aquel sistema, instituído por obra de los acontecimientos, el Imperio rindió sin duda a la cultura humana el inapreciable beneficio de adelantar la asimilación de los pueblos vencidos sometiéndolos como masas blandas y moldeables a la administración imperial; pero simultáneamente se condenó a sí mismo a desempeñar una tarea imposible y a cargar con responsabilidades por faltas que ni le eran imputables ni podía reprimir.

Para los que se preocupan de las formas de gobierno, es muy interesante estudiar los efectos del establecimiento del Imperio en Roma.

Mientras la administración se mantuvo descentralizada, esto es, regida por el estatuto personal, los abusos, los vejámenes, las exacciones injustas, las granjerías y los peculados casi no provocaban más que descontentos locales y el gobierno de Roma conservaba su prestigio. Pero tan pronto como se la unificó y centralizó, empezaron a estallar con suma frecuencia revoluciones generales por causas locales porque las provincias cargaban a la cuenta del emperador el mantenimiento de funcionarios tiránicos y corrompidos. De esta manera la misma política que robusteció la fuerza del gobierno de Roma minó también su existencia.

Ni aun los magníficos caminos abiertos entre la capital y las provincias más lejanas, como una red tendida para mantener apresados a los pueblos, bastaron a garantizar el orden. La propensión invencible de todo funcionario de origen autocrático a tiranizar a los pueblos para explotarlos, y la imposibilidad material de que todas las quejas llegaran a

Roma hacían que los prefectos, los procónsules, los gobernadores, los recaudadores, los jueces romanos se entregasen desaforadamente al saqueo de los pueblos y que para nada, si no era para escudarse, tomasen en cuenta la voluntad del emperador, a quien sin embargo comprometían con sus iniquidades ante las poblaciones vejadas.

Volviendo a nuestro asunto, creemos que científicamente no se puede fijar la extensión máxima que los Estados deben tener así como tampoco se puede fijar el volumen que deben tener los astros. Cada Estado es un producto histórico a cuyo desenvolvimiento no concurre la humana voluntad sino como instrumento de los sucesos; y desde que la historia se interesó en la vida de los pueblos, sus territorios se han constituído, crecido o decrecido independientemente de toda doctrina preconcebida, por obra solo de los acontecimientos. Sea grande, sea pequeña, toda población que ha conquistado su independencia y se ha fijado a perpetuidad en un territorio propio tiene derecho a constituir un Estado, el cual una vez constituído, existe con vida plena aunque su excesiva pequeñez no le permita acometer empresas que requieran mayores fuerzas y aunque su desmesurada magnitud dificulte sobre manera su administración y su gobierno.

Ante la recíproca impotencia de las naciones europeas para absorberse unas por otras, Montesquieu dijo que la naturaleza ha fijado ciertos límites a cada Estado para burlar las ambiciones de los hombres (*fb*). No hay tal cosa. En el curso de la historia los límites de las naciones varían de continuo por obra de los tratados y de las guerras, y dentro de un mismo territorio florecen ora muchos Estados, ora uno solo, y algunos como el Imperio romano en lo antiguo y el Imperio británico en nuestros días han extendido su soberanía por todo el mundo conocido, y otros como la antigua Atenas y la moderna Venecia han vivido reducidos

(*fb*) Montesquieu, *Considérations sur la grandeur des Romains et leur décadence*, chap. V, pag. 42.

a las dimensiones mínimas de una ciudad y la comarca adyacente. Particularmente, merced a la multiplicación y perfeccionamiento de los medios de comunicación, la naturaleza no parece poner al presente muchos obstáculos al indefinido engrandecimiento de las naciones. Por más vasto que sea un Estado y por más dificultades que su desmesurada extensión ofrezca, la industria, la ciencia y la política suministran medios y recursos para gobernarlo bien, administrarlo bien y defenderlo bien (*fc*). Los Estados *compuestos* no tienen menor derecho a la vida que los Estados *simples*.

§ 47. Cuando los esforzados españoles del siglo XVI llegaron al continente americano, encontraron tanto al norte como al sur naciones donde estaba muy adelantada la constitución urbana.

Con referencia a Méjico, llamado por ellos Nueva España, dice Torquemada que de improviso toparon con una ciudad, la de Cempoala, que contenía de 25 a 30.000 vecinos y de cuyas casas unas eran de adobe y otras de piedra de mampostería. Más adelante, en el camino que llevaba a Méjico, divisaron a una y otra margen innumerables pueblos de tres, de cuatro y de cinco mil vecinos, sin hablar de la ciudad de Tumpantzinco, donde se contaban como unas 20.000 casas. Por lo tocante a la capital de Moctezuma, dice Torquemada que tenía 120.000 casas, y en cada una tres y cuatro y hasta diez vecinos, por manera

(*fc*) En suma, dice Bluntschli, la existencia jurídica del Estado no depende de sus dimensiones. Pero cuanto más se extiende un imperio, más difícil se hace recorrerlo y por tanto, gobernarlo y administrarlo. Un imperio desmesuradamente grande no puede reunir sus fuerzas dispersas sino lentamente; y precisado a mantener defendidos los costados débiles, los divide y los debilita. Los medios de comunicación que los pueblos cultos poseen amenguan la dificultad sin hacerla desaparecer. La palabra alada vuela como el rayo a los últimos extremos del mundo, pero carece de aquella autoridad que el poder presente tiene, y puede ser mal comprendida, y si el subalterno no gusta de la orden, puede fácilmente eludirla o cumplirla, arrevesadamente. Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, liv. III, chap. IV

que a esta cuenta habría dentro de su recinto más de 300.000 habitantes (*fd*) y quizá más de 400.000.

Hacia la misma época florecían también en el Imperio de los Incas muchas y muy populosas agrupaciones urbanas. Según los datos y descripciones de Garcilaso de la Vega, sobresalía entre todas la ciudad del Cuzco, que hacía de cabeza no solo por sus mejores construcciones y mayor población sino también porque servía de asiento permanente a los emperadores (*fe*).

De acuerdo con las tradiciones incásicas, las situaciones topográficas de estas ciudades ponen de manifiesto los propósitos predominantemente defensivos de sus primitivos pobladores. Garcilaso de la Vega observa en términos categóricos que « por causa de las guerras que unos a otros se hacían » los pueblos se habían establecido generalmente « en riscos y peñas altas a manera de fortaleza, donde fuesen menos ofendidos de sus enemigos » (*ff*).

(*fd*) Torquemada, *Monarquía Indiana*, t. I, lib. III, cap. V, XXII y XXIII.

En Guatemala estaba igualmente muy adelantada la constitución urbana. Batres Jáuregui habla de la magnificencia de la capital cuya población era « tan grande que el rey pudo encontrar 72.000 combatientes para luchar con los españoles ». Batres Jáuregui, *Los Indios*, Iª Parte, capítulo II, pág. 23. Guatemala, 1893. Según historiadores citados por el mismo Batres, había en Quiché un colegio real dirigido por 70 maestros que educaba unos 5000 alumnos. Batres Jáuregui, ob. cit., cap. VI, página 60. Véase también el cap. VII, Iª Parte, pág. 74 de la misma obra.

Corresponde a la expedición de Francisco Fernández de Córdova el honor de haber encontrado en Yucatán las primeras casas de material incombustible que los españoles vieron en América. Después de una refriega con los indígenas (años 1517), « los castellanos se volvieron a embarcar contentos de haber hallado gente de razón y otras cosas diferentes del Darien y de las Islas, especialmente casas de piedra y cal, cosa que hasta entonces no habían visto en aquellas Indias ». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década II, lib. II, cap. XVII, pág. 290.

(*fe*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios reales de los Incas*, lib. VII, cap. VIII a XI.

(*ff*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, lib. I, cap. XII.

Las Casas, *De las antiguas gentes del Perú*, cap. V, pág. 40, y cap. XIII, pág. 107.

Bajo este respecto, es digna de notarse la ubicación de la antigua ciudad de Quito. Situada en una estrecha garganta que comunica dos extensas llanuras, la una por el norte y la otra por el sur, lo más razonable habría sido, si sólo se hubiese atendido a la comodidad de los habitantes y al futuro engrandecimiento de la ciudad, fundarla en una u otra de ambas llanuras. Fué lo que observaron Juan y Ulloa cuando vinieron al Ecuador en compañía de La Condamine. Pero los primitivos pobladores, que tenían que garantizar su propia seguridad antes que la prosperidad de sus descendientes, prefirieron ampararse en un paraje que si en lo futuro había de llegar a ser estrecho, les ofrecía de pronto la inapreciable ventaja de defenderles contra los ataques de las tribus circunvecinas; lo cual fué siempre, según dichos autores, atención preferente de los indígenas que fundaron ciudades en América (*fg*).

Igualmente notable es la ubicación del Cuzco. A la fecha de la conquista, la ciudad aparecía recostada en las laderas y faldas del cerro llamado Sachsahuaman, el cual la abrazaba por el oriente y el septentrión; y en la cumbre se levantaba, construída por los sucesores de Manco Capac, una soberbia fortaleza: signo inequívoco de la primitiva destinación militar de la población.

Pero las ciudades incásicas ofrecen al estudio otras particularidades no menos interesantes. Según Garcilaso de la Vega, en la capital se distinguían dos partes: la del Cuzco *Hanan* o alto, y la del Cuzco *Hurin* o bajo. « A

(*fg*) Jorge Juan y Antonio Ulloa. *Voyage au Pérou*, première partie, liv. V, chap. IV.

En confirmación del aserto de Juan y Ulloa, citaremos a Guevara, quien dice de los antiguos araucanos que construían sus habitaciones en sitios altos para poder dominar los alrededores, cuidar el ganado y vigilar los movimientos de los enemigos. Guevara. *Historia de la Civilización de Araucanía*, t. I, cap. VII, pág. 199.

Otro tanto dice Herrera de los indígenas de Nueva Granada: « siempre estos naturales poblaron en sitios altos y escombrados ». Herrera. *Historia de las Indias Occidentales*, t. IV, Década VIII, lib. IV, capítulo VIII, pág. 17[illegible]

semejanza desto (continúa) huvo despues esta misma division en todos los pueblos grandes o chicos de nuestro Imperio» y se distinguían el *Hanan Ayllu* y el *Hurin Ayllu*, que significan el linaje alto y el bajo, y el *Hanan suyu* y el *Hurin suyu*, que significan el distrito alto y el bajo (*fh*). Prestando sin duda crédito a las tradiciones, dice el historiador que en todas las ciudades se hizo esta división para imitar la del Cuzco y que la del Cuzco se estableció al fundarse la ciudad, separándose los pobladores traídos por el Inca de los traídos por la reina.

A nuestro juicio, la explicación positiva de esta división que distinguía la población alta de la baja, es la que Platon y Strabon dieron de la situación de Troya y otras ciudades griegas que en los tiempos históricos florecían al pie de altas montañas. Fundadas originariamente en las cumbres, sus poblaciones habían descendido de manera insensible hasta establecerse en las llanuras porque, merced a la consolidación de la paz en los alrededores, no sentían la necesidad de permanecer arraigadas en incómodas situaciones estratégicas (§ 39).

En corroboración de esta conjetura, observemos que si las ciudades incásicas aparecían establecidas o en riscos y peñas altas, o en las faldas de los cerros con fortalezas o acrópolis en las cumbres, es a todas luces porque se formaron en una época primitiva en que las vecindades estaban pobladas de enemigos; y si al tiempo de la conquista, las más se componían de dos partes, una alta y otra baja, era sin duda porque merced a las grandes conquistas de los Incas, se había consolidado la paz entre los pueblos sojuzgados y habían podido las poblaciones urbanas, alejado el peligro del ataque sorpresivo, empezar el insensible descenso de las cumbres a las faldas.

Sea de ello lo que sea, lo importante es que las agrupaciones urbanas que había en América a principios del siglo XVI quedaron en general subsistentes después de la

(*fh*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, lib. I, cap. XVI

conquista porque el interés de su propia defensa indujo a los españoles a conservarlas. Colocados por su audacia aventurera en ambientes hostiles sobre manera peligrosos, los conquistadores se encontraron, como los franceses que colonizaron la Argelia, en la imposibilidad de vivir dispersos, fatalmente condenados, so pena de la vida, a permanecer agrupados para defenderse mutuamente (*fi*). Prescindiendo de los propósitos de evangelización (*fj*) que tampoco se podían cumplir si la raza indígena se dispersaba, la sola situación militar basta a explicar el cuidado con que los españoles conservaron las ciudades precolombianas donde las había y el empeño que gastaron para fundarlas en aquellos países donde la constitución urbana aun no había empezado. De esta necesidad surgió Buenos Aires en 1580.

La misma corona intervino solícitamente dictando leyes que por una parte, fijaban las condiciones topográficas en que las ciudades se debían fundar para garantía de su prosperidad, y por otra, ofrecían a los que las fundaran en América privilegios especiales que no se ofrecían a los que las fundaran en España. Una de esas leyes disponía que los solares que se hubieran de poblar en las Indias tuvieran sa-

(*fi*) « Les habitants des deux Villes et des Villages (dicen Juan y Ulloa) vivent dans des appréhensions continuelles et sont toujours pour ainsi dire les armes à la main pour défendre leurs maisons et leurs chacarés ou Biens de campagne, contre les fréquentes invasions des Indiens infedéles, qui environent tellement le pays, que chaque village est menacé de la part de ces barbares qui habitent dans son voisinage ». Juan y Ulloa. *Voyage au Perou*, t. I, première partie, liv. VI, chap. IV, page 298.

Herrera atestigua que entre las instrucciones que la corona dió a Nicolás de Obando se contaba la de « que se hiciesen las poblaciones que le pareciesse en la Isla (de la Española), y que ninguno pudiesse vivir fuera de ellas ». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década 1, lib. IV, cap. XII, pág. 99.

(*fj*) Herrera refiere haber dispuesto la corona que en las provincias de Méjico « se juntassen los indios en pueblos grandes, para ser mejor doctrinados en las cosas de nuestra santa fe, porque de estar derramados y apartados unos de otros, no lo podian ser ». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. IV, Década VIII, lib. V, cap. V, pág. 294.

lidas y entradas por mar y por tierra, en forma que fácilmente se pudiera salir, entrar, comerciar, gobernar, socorrer y defender (*fk*); y otra concedía al fundador de toda colonia y de toda población urbana la jurisdicción civil y criminal de primera instancia por todos los días de su vida y por los de un hijo o heredero (*fl*).

Desgraciadamente inspirada en contra de tan liberales principios por el doble temor a las novedades de los extranjeros y a las irrupciones de los piratas, la corona adoptó en lo tocante a la fundación de poblaciones urbanas una política que propendiendo a enclaustrar sus colonias, entorpeció sobre manera en ellas, durante los tres siglos de su dominación, el desarrollo del comercio y del progreso. Consistió aquella política en un propósito perseverante de reprimir hasta donde fuese posible la fundación de ciudades marítimas, a la vez que estimulaba la de ciudades mediterráneas situando en ellas el asiento y la capital de los virreinatos, de las presidencias, de las gobernaciones y de las reales audiencias. En tal sentido, se dictaron leyes terminantes, por manera que cuando se ofrecían privilegios al fundador de poblaciones urbanas, se entendía que solo serían otorgados al que las fundara lejos de las costas. No se elijan sitios para pueblos abiertos en lugares marítimos (prescribía Felipe II) por el *peligro que en ellos hay de corsarios* y no ser tan sanos y porque no se da la gente a labrar y cultivar la tierra ni *se forman en ellos tan bien las costumbres* (*fm*).

En conformidad con estas prescripciones, las dilatadísimas costas de América, destinadas a establecer activo comercio con el antiguo Continente, no tuvieron más puertos que los indispensables para que las colonias interiores no perecieran de asfixia; las mismas poblaciones que por obra de la necesidad, ante la indomable resistencia opuesta

(*fk*) *Recopilación de Indias*, lib. IV, tít. V, ley 2.

(*fl*) *Recopilación de Indias*, lib. IV, tít. V, ley II.

(*fm*) *Recopilación de Indias*, lib. IV, tít. VII, leyes 4 y 6.

por los indígenas se formaban a orillas del mar, no pasaron de la categoría de simples caseríos y villorrios; y fuera de Buenos Aires, acaso no se puede citar otra ciudad marítima que por su rango político lograse adquirir alguna importancia.

Las capitales de casi todos los demás virreinatos, gobernaciones y audiencias se habían situado mediterráneamente para resguardarlas contra los manotones de la piratería. En el reino de Chile, que es todo costa con un desarrollo de más de 3000 kilómetros, no hubo antes de la independencia un solo puerto que mereciera el nombre de ciudad, y la capital se fundó en un valle interior, a 150 kilómetros del Océano.

La travesía marítima entre Méjico y el Perú era en extremo dificultosa para buques de vela; y sin embargo, en la larguísima costa de Nueva España no hubo más puertos que Veracruz y Campeche.

La población interior de Nueva Granada no se comunicaba con el mar más que por Santa Marta y Cartagena; y un viajero fidedigno atribuye a razones políticas el mal estado en que se mantenía el camino que iba de Caracas a la Guaira.

Humboldt enseña así mismo que no pudiendo fundarse la capital de la Guayana en la magnífica desembocadura del Orinoco, se fundó por razones estratégicas y administrativas 85 leguas más arriba, y todo el territorio intermedio fué condenado por la metrópoli a no contener población urbana de importancia (*fn*).

De esta manera, la masa de la población hispano-americana vivió en un aislamiento completo porque a las barreras naturales, a las dificultades y peligros de las comunicaciones, la política recelosa de la metrópoli agregaba obstáculos artificiales, como era la absoluta prohibición de comerciar con los extranjeros, y aun con la España misma por otro intermedio que la Casa de Contratación de Cadiz.

(*fn*) P. Leroy-Beaulieu. *La Colonisation* liv. I. chap. I. pag. 18 et 19

§ 48. A diferencia de otros países americanos donde había a la época de la conquista ciudades más o menos importantes, Chile debe por completo a la administración y al gobierno de los conquistadores los inapreciables beneficios de su constitución urbana.

Cuando los españoles de Almagro (1536) y de Valdivia (1540) invadieron este país, no encontraron en él más que unos miserables caseríos, compuesto cada uno de 15 a 20 ranchos dispersos (*fñ*). Estas agrupaciones, que los españoles distinguieron con el nombre de *pueblos*, y que no pasaban de ser embriones de ciudades, se disolvieron casi totalmente por la dispersión, la fuga o el exterminio de sus pobladores.

En cambio, desde los primeros días de la conquista, los españoles echaron los cimientos de Santiago (1541), de la Serena (1544) y de Concepción (1550) no solo con el objeto de tomar posesión efectiva del territorio por medio de fundaciones permanentes sino también con el de vivir unidos y apercibidos contra las sorpresas y los ataques de la población indígena. Si en otros países de América se habían establecido los conquistadores en las habitaciones urbanas de sus mismos enemigos, es porque siendo ellas de material sólido, les ofrecían abrigo, amparo y defensa contra sus propios dueños, ventajas que no les ofrecían los miserables ranchos pajizos de los pueblos chilenos.

En la historia de la pacificación y civilización de los aborígenes de Chile, tuvo el establecimiento de poblaciones urbanas una trascendencia que es poco conocida, no obstante haber sido de carácter realmente decisivo.

De tres medios se valió la corona para someter la raza indígena: la guerra, las misiones y la fundación de ciudades. Por medio de la guerra se ocupó el país, pero no se sojuzgó la población; se la venció, pero no se la dominó. A pesar de cuantas derrotas se les infligieron, los araucanos conservaron su independencia hasta 1881.

(*fñ*) Medina, *Los aborígenes de Chile*, cap. VIII, pág. 157 y 159.

Las misiones, que sirven sin duda de auxiliares en la obra de civilización de los bárbaros, ya sojuzgados, son de suyo absolutamente impotentes para someter y pacificar bárbaros independientes. Ni en Chile, ni en parte alguna se ha conseguido jamás someterlos a una soberanía extraña por medio de una prédica que les manifieste las ventajas de la vida y de la civilización cristianas (60).

De los tres medios aludidos, el que más adelantó la obra de pacificación y civilización de la raza indígena fué el establecimiento de poblaciones urbanas. Porque sean unos u otros los propósitos de sus fundadores, toda ciudad propende a pacificar y civilizar la población comarcana por medio del comercio y las relaciones sociales hasta donde alcanzan los radios de su influencia.

De los gobernadores de Chile que conquistaron porciones del territorio indígena, acaso no hubo uno solo que no afianzara su posesión por medio del establecimiento de poblaciones urbanas. En el siglo XVIII, al cabo de dos siglos de guerra, aun los militares habían llegado a persuadirse a que solo mediante la fundación de ciudades se acabaría de someter y pacificar a los indígenas.

Bajo este respecto son notables por la claridad, la exactitud y la justicia de sus observaciones un proyecto que don Pedro de Córdova y Figueroa remitió al rey en 1737, y un *Informe sobre poblaciones* que el padre Villarreal presentó

(60) Guevara, *Historia de la Civilizacion de Araucania*, t. II, págs. 602 a 611.

Batres Jáuregui, *Los Indios*, 2ª Parte, cap. IV, pág. 118.

Fray B. Nino asevera que los chiriguanos mantuvieron su independencia contra las fuerzas españolas y solo se sometieron ante la prédica de los misioneros. Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. II, pág. 74. Hay en este aserto una evidente exageración, porque la verdad es que solo después de haber sido sometidos por la fuerza, los chiriguanos se apaciguaron y se dejaron ganar por los misioneros.

Azara dice, por el contrario, que el modo como los jesuítas formaron algunos de los pueblos de guaraníes «hace ver que nadie conoció mejor que ellos la insuficiencia de los medios eclesiásticos o persuasivos». *Descripcion e Historia del Paraguay y del Rio de la Plata*, t. I, cap. XIII, § 3.

a Felipe V en 1752. Ambos autores proponían como el medio más eficaz de reducir a los indígenas de la Araucania la construcción de una línea fronteriza de villas y ciudades y que una vez pacificados los de las comarcas vecinas, se construyera otra y otra más al interior del territorio araucano (*fp*). Sea por desidia, sea por desconfianza, sea por falta de recursos, los proyectos no se ejecutaron; pero ellos estaban tan bien concebidos que en realidad fué mediante el establecimiento de poblaciones urbanas, como se logró entre 1863 y 1881 acabar la definitiva pacificación de la Araucania.

Entre tanto, cuando la conquista de Chile quedó consumada en el siglo XVI hasta los límites por entonces irreductibles de la Araucania, se impuso al gobierno de este reino una tarea de suma trascendencia social, cual fué la de civilizar y asimilar la población sojuzgada. Para lograr este propósito, era indispensable a las administraciones civil y eclesiástica de los nuevos soberanos agruparla en villas y ciudades, porque en el estado de dispersión rural, mientras los indígenas vivieran sin forma de república ni sociedad política, repartidos en sus quebradas, valles y montañas; el servicio de misiones, el de escuelas y otros o no existirían o tendrían que multiplicarse con la doble desventaja de su mayor costo y su menor eficacia. A la vez, sería menos estrecho, más intermitente y más ocasional el contacto de los indígenas con la cultura europea, y la asimilación étnica de ambas razas se operaría de manera mucho más lenta y dificultosamente (*fq*).

(*fp*) Carvallo Goyeneche, *Descripción histórico-geográfica del reino de Chile*, t. I, cap. C.

Villarreal, *Informe sobre contener y reducir a la debida obediencia los indios del reino de Chile*, Santiago de Chile, 1876.

(*fq*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. V, parte cuarta, cap. XXII, § 3, y t. VI, parte quinta, cap. VIII, § 2 y 3.

Rosales, *Historia de Chile*, t. I, cap. XXVI, pág. 151.

Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. IV, Década VIII, lib. V, cap. V, pág. 294.

Olivares, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XXVI.

Inspirados, pues, en el propósito de adelantar la civilización de los indígenas y apoyados por reiteradas cédulas reales (*fr*), varios gobernadores de este reino fincaron el lustre de sus nombres en la empresa de reducir a la vida urbana a los dispersos habitantes de este territorio. Marín de Poveda fundó a fines del siglo XVII las poblaciones de Rere, Itata, Talca y Chimbarongo; don José de Manzo, en la primera mitad del siglo XVIII, las de San Felipe, los Ángeles, Cauquenes, San Fernando, Melipilla, Rancagua, Curicó y Copiapó, a la vez que trasladó y repobló la de Talca; y don Ambrosio O'Higgins, entre 1788 y 1796 las de Illapel, Combarbalá, Vallenar, Ligua, San José de Maipo, Nueva Bilbao (*fs*), Linares y Parral. En una palabra, fuera de los caseríos, villorrios y aldeas que se habían formado espontáneamente, al terminar el período colonial había en Chile, según Barros Arana, unas 30 ciudades y villas fundadas por los gobernadores. En todas, administradas por sendos cabildos, se habían establecido los más indispensables servicios temporales y espirituales; y su población alcanzó a comprender como la tercera parte de los habitantes del reino (*ft*).

La fundación de poblaciones urbanas, por consiguiente, que originariamente fué en Chile obra de conquista, ocupación y defensa, fué en los tiempos posteriores obra de civilización y de gobierno, de las que más honra dan a la

(*fr*) La ley I, tít. III, lib. VII de la Recopilación de Indias (1551-1578) mandaba expresamente reducir a los indios a vivir en poblaciones para que «no viviesen divididos y separados por las sierras y montes, privándose de todo beneficio espiritual y temporal, sin socorro de nuestros ministros y del que obligan las necesidades humanas que deben dar unos hombres a otros».

(*fs*) Una ley aprobada por el Congreso Constituyente en 5 de Agosto de 1828, declaró puerto mayor a Nueva Bilbao y mandó en memoria de la Constitución dictada aquel año que se diese a la población el nombre de Constitución. Letelier, *Sesiones de los cuerpos Legislativos de Chile*, t. XVI, pág. 279.

(*ft*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. V, parte cuarta, capítulo XXXIII, § I, y t. VII, parte quinta, cap. XXVI, § 6.

administración pública de este Estado. Los pueblos de Rere, de Itata, de Talca, de Chimbarongo, de Rancagua, de Melipilla, fundados en el corazón de territorios de tiempos atrás pacificados, no tuvieron efectivamente otro objeto que facilitar la enseñanza y doctrina de los indios y la administración y gobierno de aquellos partidos.

Muchos viajeros que han tenido ocasión de estudiar la etnología de Chile, han notado la casi perfecta unidad de raza, fruto de la mezcla de la población española y de la población indígena, que hay actualmente en la población de este territorio; y Barros Arana nos enseña que ya a fines del siglo XVII, la fusión de vencedores y vencidos estaba tan adelantada que la lengua indígena se había extinguido casi por completo en toda la porción sojuzgada del territorio y el castellano era ya lengua general de todo el reino de Chile desde las orillas del Bío Bío hasta el desierto de Atacama (*fu*).

Por de contado, esta fusión fué fruto en primer lugar del cruzamiento de las razas impuesto por las concentraciones urbanas porque si hubo pocas españolas que se uniesen con machos indígenas, fueron muchas las hembras araucanas que se unieron con sus conquistadores. Dice Azara que «los conquistadores llevaron pocas o ninguna mujer al Paraguay» y tuvieron que unirse con las indias. Lo mismo pasó en Chile y en todas las colonias pobres (*fv*).

Esta obra meritísima de la administración española ha sido continuada por la de la República. Un decreto expedido por la Junta de Gobierno de 1813 mandó formar dos, tres o más villas para agrupar en ellas a los indígenas y hacerles partícipes de la vida civil y jurídica del Estado (*fx*); y una ley fechada el 27 de Octubre de 1823 mandó repo-

---

(*fu*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. V, pág. 291.

(*fv*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay*, etc., t. I, capítulo XIV, § 5.

Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. I, Década I, lib. VI, cap. XVIII, pág. 144.

(*fx*) Barros Arana, ob. cit., t. IX, pág. 217.

blar las ciudades de Angol, Imperial y Villarrica. A principios de 1881, el ministro del Interior don Manuel Recabarren ocupó, a la cabeza de algunos guardias nacionales, toda la parte que se conservaba independiente del territorio araucano y mandó fundar allí Temuco, Traiguen y otras importantes poblaciones.

Fuera de estas ciudades, destinadas a dominar, pacificar y civilizar a los araucanos, ha correspondido al gobierno de la República fundar otras de carácter netamente industrial, cuya existencia solo es posible en los grados superiores de la civilización. El tipo de estas poblaciones es Taltal, que destinada a servir de emporio de provisiones a la industria salitrera, está situada en una comarca árida y seca y tiene que importar por mar cuanto necesita para la vida de sus habitantes.

CAPÍTULO QUINTO.

Orígenes de las Asambleas Deliberantes.

SUMARIO. — § 49. Estado acrático de las sociedades primitivas. — § 50. Régimen consuetudinario de ellas. — § 51. Las asambleas generales. — § 52. Sus orígenes sociales. — § 53. Las asambleas generales locales. — § 54. Impopularidad de las asambleas generales y de los cuerpos legislativos en ciertos estados sociales. — § 55. Extinción de las asambleas generales y adopción del régimen representativo local. — § 56. Régimen municipal de Chile durante el coloniaje. — § 57. El senado romano. — § 58. Las asambleas aristocráticas de la Edad Media. — § 59. Orígenes históricos del régimen representativo. — § 60. Causas políticas y sociales que lo originaron. — § 61. La bifurcación parlamentaria.

§ 49. Después de haber determinado la manera como se forman y desarrollan la población, el territorio y la ciudad, o sea los elementos externos del Estado, correspóndenos determinar los orígenes de las instituciones, o sea, de los elementos internos que forman su constitución orgánica.

Durante algunos siglos, la ciencia política se desarrolló implícitamente fundada en un postulado que era un simple prejuicio, cual es, que la existencia del Estado, así se lo estime de institución divina o de derecho natural, ha debido empezar al mismo tiempo que la de la sociedad (*a*).

(a) Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. I, lib. I, § 5. « Y lo que hace a nuestro propósito (dice allí Bovadilla) es saber que desde el principio de la creación del mundo, huvo ciudad cercada y murada;

Esta doctrina parecía estar confirmada por la repetición de ciertos hechos que en el curso de la historia dejan ver la simultaneidad del nacimiento de las nuevas sociedades y de los nuevos Estados. Porque en los casos de revoluciones, cuando una porción del pueblo triunfa contra el gobierno establecido o cuando una sección del territorio poblado se segrega del resto, nunca se vió a los descontentos obtener su independencia para vivir en estado de naturaleza; siempre se rebelaron contra unas autoridades para someterse a otras más de su agrado; siempre se sustrajeron a la soberanía de un Estado que creían injusto o mal organizado para organizar otro que les satisfaciera. Por obra de un solo alumbramiento, nacía una sociedad independiente y un nuevo Estado.

En el siglo XVIII, esta doctrina cayó derrumbada bajo el vigoroso empuje de nuevas y por de pronto, más populares hipótesis políticas. No es que de antemano no se conociesen hechos, innumerables hechos, que la desautorizaban de manera absoluta, porque desde el siglo XV, en que la civilización se puso en directo contacto con la barbarie, centenares de conquistadores, de aventureros, de mercaderes y de misioneros habían atestiguado la existencia de sociedades absolutamente amorfas, esto es, ayunas de toda organización política. Pero en la historia del espíritu humano, se puede observar que si las doctrinas científicas, frutos de la observación, se modifican inmediatamente cuando hechos nuevos llegan a contradecirlas, las doctrinas metafísicas, frutos de simples lucubraciones mentales, no mueren de pronto cuando se demuestra que son incompatibles con la realidad, sino que permanecen subsistentes hasta que son desautorizadas por nuevas doctrinas de la misma naturaleza. Correspondió a la hipótesis anti-científica del

de donde se colige que para conservarse en ella la vida sociable de los hombres, necesariamente havia de haver leyes de república, y para remedio del desprecio del bien común y del desórden de la compañía humana, era forzoso enfrenar y reprimir el furor y soberbia de los hombres con leyes y jueces, carcel y cadahalso, y otras penas.

contrato social llevar a cabo esta obra negativa de desautorización.

Aunque no sea verdad que los hombres primitivos, esto es, que los salvajes más atrasados vivan en un estado paradisíaco de inocencia, de felicidad, de paz y de recíproca armonía, la hipótesis de Locke y de Rousseau ha sido confirmada por la etnografía en cuanto supone que a los principios las sociedades son masas completamente amorfas, sin organización y sin cabeza. Es, por ejemplo, lo que atestiguan los cronistas del coloniaje respecto de los aborígenes de Chile. No tenían leyes (dice Córdoba y Figueroa) para gobernarse políticamente, ni gobierno democrático, aristocrático, ni monárquico (*b*).

Don Pedro de Usauro Martínez de Bernavé, que vivió entre los indios y que para estudiarlos a fondo aprendió su idioma y *frecuentó sus tratos y terrenos* (dice) *hasta ser práctico en sus ritos y costumbres,* observa que cada parcialidad tenía por cabeza uno o más caciques, pero que su mando se reducía a llevar la voz de su terreno, y en lo demás, le obedecía el que quería y su superioridad no alcanzaba a hacerse obedecer (*c*).

Paralogizados por el sentido que en castellano se atribuye al nombre *cacique,* los historiadores y los etnógrafos han incurrido comúnmente en el error de creer que las tribus araucanas reconocían jefes, esto es, gobernantes o capitanes investidos de autoridad y facultados para mandar e imponer la obediencia. Pero los cronistas más fidedignos, como Carvallo y Goyeneche, atestiguan que si bien las cosas cambiaron muy pronto bajo el influjo de la cultura española, a los principios estos indios carecían de gobierno viviendo sin sujeción a ley alguna y que ni los caciques estaban investidos de autoridad ni nadie les debía obediencia (*d*). Como si deliberadamente se hubiese propuesto

(*b*) Córdoba y Figueroa, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XIV.

(*c*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, § XLVIII, página 102.

(*d*) Carvallo y Goyeneche, *Reino de Chile*, t. II, cap. C.

quitar todo pretexto a esa paralogización, observa Olivares que el nombre de *cacique* es peculiar de los indígenas de la isla Española; que sin duda por aparente analogía, lo aplicaron los conquistadores a los indígenas de Chile; y que entre los araucanos se llama *ulmen* el que lleva la voz de su parcialidad. «Y estos *ulmenes* (agrega) aunque afectan jurisdicción y querrían ser obedecidos como los jueces ordinarios entre los españoles y aun pasan a llamar vasallos a los de su adherencia y devoción, con todo es ésta una apelación vana y ridícula, porque esta gente aborrece como la muerte toda especie de sujeción y vasallaje, y así no son regidos por alguna especie de gobierno de los que ha hecho necesarios en el mundo la buena política» (*e*).

Testimonios igualmente fidedignos acreditan cuán general ha sido el estado acrático entre los salvajes. De los fueguinos dice Darwin que «sus diferentes tribus no tienen ni gobierno ni jefes» (*f*); de los charrúas del Uruguay, dice Araujo que cuando se encontraron con los españoles «carecían de organización civil y política» (*g*); de los chorotis y de los ashluslayos del Chaco, dice Nordenskiold que «cada jefe no es, en realidad, más que un padre de familia respetado, pero que no gobierna, y que si bien en la guerra desempeña papel importante, no tiene autoridad efectiva sobre los guerreros» (*h*); de los caciques guara-

(*e*) Olivares, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XIV.

En la provincia de Castilla del Oro, dice Oviedo, «el principal señor se llama *quevi*, y en algunas partes [illegible], e aqueste nombre *cacique* no es de la Tierra-Firme, sino propiamente desta isla Española, e como fué esto lo primero que poblaron e ganaron los chripstianos, ellos han dado este nombre *cacique* a los señores de otras partes por donde en estas Indias han discurrido.» Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. III, lib. XXIX, cap. XXVI, pág. 129.

(*f*) Darwin, *Voyage d'un Naturaliste*, pág. 232.

(*g*) Araujo, *Historia de los Charrúas*, IX, pág. 59.

(*h*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pág. 30.

nís, dice Azara que el que posee la dignidad de tal «no difiere de los demás indios en casa, vestido, ni insignia, ni exige tributo, respeto, servicio ni subordinación»; y que «tampoco manda en la guerra, y si es tonto, le dejan y toman otro»; de los pampas, dice el mismo Azara que «suelen hacer lo que el cacique les propone relativo a su seguridad, sin sufrir jamás que exija de ellos servicio, ni tributo alguno, ni que los mande, reprenda, ni castigue» (*i*); de los senekas, dice Engels que el poder del *saquem* en el seno de la *gens* es paternal, de naturaleza puramente moral, sin tener ningún medio coercitivo (*j*); y de los indígenas de California, dice Lubbock que antes de su conversión al cristianismo, no tenían ni religión, ni gobierno, ni jueces, ni policía, ni leyes (*l*).

Pasemos ahora a otras partes del mundo salvaje.

En Nasau corresponde a los jefes ordenar las ceremonias en las fiestas públicas; pero esta prerrogativa, según Rienzi, no les faculta para ejercer autoridad alguna; y en Australia, según el mismo viajero, los indígenas viven subdividi-

(*i*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 42 y 54.

(*j*) Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, cap. III, pág. 152.

(*l*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, chap. V, pag. 211.

De unos indígenas de Venezuela dice Herrera que «nunca se conocieron señores a quien obedeciesen, sino tener respeto al más rico, que mejor les da de comer y de beber». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. IV, Década VIII, lib. VIII, cap. II, pág. 356.

El mismo Herrera dice de los indígenas del Brasil que no tenían rey ni justicia, sino un principal en cada aldea, al cual obedecían por su voluntad, y no por fuerza... y no servía sino para llevarlos a la guerra y aconsejarles como habían de pelear. Herrera, Ob. cit., t. II, Década IV, lib. VIII, cap. XIII, pág. 397.

De una información levantada en el Perú por don Francisco de Toledo hacia 1572, resulta que «hasta Topainga Yupangui, que tuvo y sujetó tiránicamente estos reinos, los dichos naturales no tuvieron ningun señor ni cacique que los mandase ni gobernase en tiempo de paz, ni a quien tuviesen ninguna subjecion.» Medina, *La Imprenta en Lima*, t. II, página 178.

dos en familias independientes, no reconocen jefe común y no tienen idea alguna ni de gobierno, ni de organización social (*m*).

Cuando Dumont D'Urville llegó a Nuka-Hiva (1838), los indígenas vivían bajo la mano de tres jefes cuya autoridad (observa este navegante) se reducía a imponer el *tabú* y a presidir ciertas ceremonias (*n*); y cuando Du Petit-Thouars llegó a las Marquesas, los indígenas no conocían forma alguna de gobierno y vivían sometidos a la ley natural, que es la del más fuerte (*ñ*).

Lo mismo atestigua Livingstone de ciertos indígenas de Zanzíbar y del Africa Central (*o*), y otro tanto Spencer de los bosjemanes, de los nagas, de los cayaguas sur-americanos, de los esquimales, etc., etc. Un día se preguntó a unos naturales de Nicobar que quien era el jefe de ellos, y los interrogados se echaron a reir a la idea de que uno solo pudiera mandar a un gran número de sus iguales (*p*).

A la verdad, se puede presumir con fundamento que el estado acrático es mucho más general de lo que en las obras de viaje, de historia y de etnografía aparece. Sea por la dificultad de concebir la existencia de sociedades amorfas, sea por la pobreza de las lenguas cultas, que no tienen palabra para expresar la idea de jefe sin autoridad,

(*m*) Rienzi, *L'Océanie*, t. I, pag. 138 y t. IV, pag. 208.

De los taitianos, que son los bárbaros que han alcanzado el más alto grado de civilización antes de la adopción de los metales, dice Lubbock que no solo carecían en absoluto de leyes si no que también no tenían palabra alguna para expresar la idea de ley. Lubbock, *L'Homme Préhistorique*, chap. XIII, pag. 427 et 441.

(*n*) Dumont D'Urville, *Voyage au Pôle Sud et dans l'Océanie*, t. IV, pag. 10.

(*ñ*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. II, chap. XV, pag. 355.

(*o*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 12, 186 et 203, et t. II, pag. 98.

(*p*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 226, 257, 318 et 328, et t. III, § 442, 451 et 453.

damos de ordinario nombres que suponen mando a individuos que en las tribus salvajes carecen en absoluto de facultades para imponer la obediencia y no gozan de más prerrogativa que la de llevar la voz. El caso de los conquistadores españoles que llamaron *caciques* y atribuyeron cierta jefatura y autoridad política a los *ulmenes* araucanos se ha de haber repetido en muchas ocasiones. Cuando a los órganos del antiguo Estado romano (observa Ihering) les damos los nombres de *rey*, de *poder legislativo*, de *juez*, los concebimos, sin duda, con arreglo a las nociones actuales de derecho público, de manera completamente errónea (*q*). Así mismo, cuando atribuimos a los primitivos incas del Perú la majestad y el poderío de los emperadores, incurrimos en otro anacronismo de la misma naturaleza, porque según cierto autor citado por Saavedra, a los principios se llamaron *incas* todos los jefes de los *ayllus*, esto es, los simples caciques (*r*). Por último, al hablar del estado acrático de las Marquesas, observa Du Petit-Thouars que el único título de distinción allí conocido es el de *Ariki*; que comúnmente se ha atribuido a esta voz el significado de jefe, y aun el de *rey*; pero que en las islas sólo significa *hombre que tiene tierras*, o sea, propietario rural (*rr*).

§ 50. Para ponernos en grado de averiguar con acierto los orígenes del Estado, debemos empezar desechando aquellas preocupaciones que la hipótesis del estado de naturaleza ha difundido, según las cuales la vida salvaje, sin gobierno y sin distinciones, es una vida de libertad, de igualdad y de absoluta indisciplina.

Aun cuando en los primeros grados del desenvolvimiento social no se dictan leyes, ni se acatan autoridades, ni se tolera organización política alguna, no se puede decir ni que

(*q*) Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, tit. I, chap. II, § 16.

(*r*) Saavedra, *El Ayllu*, pág. 34.

(*rr*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. II, chap. XV pag. 355.

todos los salvajes que componen cada tribu sean jurídicamente iguales, ni que vivan exentos de todo régimen disciplinario, porque rigen con carácter coercitivo costumbres que establecen muchas desigualdades y múltiples restricciones (*s*).

Aquellos que han estudiado superficialmente la vida primitiva, dice Lubbock, se imaginan que el salvaje tiene sobre el hombre culto a lo menos esta ventaja, la de gozar de una libertad mucho mayor que aquella que es compatible con el estado de cultura. Pero esta creencia carece realmente de fundamento porque el salvaje no es libre en parte alguna. Desde que nos ponemos a observar cómo pasan las cosas fuera de las sociedades civilizadas, encontramos que la vida cuotidiana del hombre está minuciosamente reglamentada por un sistema que a nosotros nos parece insoportable, de costumbres imperativas y de prohibiciones y privilegios absurdos.

La manera de cazar, la de pescar, la de cortar madera, la de construir canoas, la de hacer fuego, la de labrar y pulir la piedra, la de emprender una marcha, la de empezar un combate o una obra; en una palabra, la vida entera del salvaje se desarrolla sujeta a usos y costumbres cuya puntual observancia está, por lo común, garantida con penas terribles.

Mientras van en expedición, no pueden sentarse los algonquines en la tierra húmeda, ni mojarse los pies, y tienen que usar las tasas de beber por un lado a la ida y por otro a la vuelta. A los mongoles les es prohibido emplear el cuchillo para sacar comida de la marmita, apoyarse en una fusta, tocar la fusta con la flecha, derramar licor en el suelo, quebrar un hueso con otro, etc., etc. Los indígenas de la Rusia americana no pueden echar huesos

(*s*) No necesitamos advertir que no han sido los investigadores científicos, que han sido los metafísicos del derecho natural, con Rousseau a la cabeza, los que han supuesto que en las sociedades primitivas reinan la libertad y la igualdad. Véase por ejemplo: Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel*, Partie Première, chap. IV, § III.

al fuego, ni darlos a los perros, ni botar al suelo los recortes de cabellos, ni las partículas de las uñas. Según Ward, en la mujer indú es delito imperdonable revelar el nombre de su marido. La misma prohibición rige en la Cafrería; y en algunas tribus de ambas Américas, de Australia y de Siberia, se evita con horror pronunciar el nombre de los muertos (*t*).

En las islas de Sandwich, el que come con hombres no puede comer con mujeres; a la mujer se la prohibe comer cocos y otros frutos, carne de puerco, de tortugas y de otros animales; y ningún guerrero puede emplear contra sus enemigos, ni aun en caso de grande apuro, la lanza barbada destinada a la caza: la infracción de estas prohibiciones acarrea la pena de muerte (*u*).

Oviedo acredita que cuando los indígenas de la Española se proponían salir a buscar oro, tenían que ayunar y abstenerse de todo trato carnal durante 20 días; y que los de Bogotá, para desenojar al sol, tenían que abstenerse de comer sal y de conversar con sus mujeres durante ciertas épocas del año. Análogamente, el verídico Azara nos informa que entre los albayas del Paraguay, las solteras no comían carne; solo comían legumbres y pescados cuya longitud no excediese de palmo y medio, y en el período de la menstruación, tenían que abstenerse de consumir sustancias grasas (*w*).

Cuando tan minuciosamente reglamentados están los actos más inocentes de la vida ordinaria, bien se comprende que no han de estar exentos de reglamentación los de naturaleza jurídica. No se distinguen en las sociedades más atrasadas los actos jurídicos de los meramente morales, hi-

(*t*) Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*, chap. X, pag. 440.
Bagehot, *Lois du Développement des Nations*, liv. III, pag. 166 à 168.

(*u*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 483 et 597.

(*w*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. I, lib. V, cap. III, pág. 135 y 136, y t. II, lib. XXVI, cap. XXVIII, pág. 402.
Azara, *Descripción e Historia del Paraguay*, cap. X, § 101.

giénicos, políticos, profesionales, etc., etc.: y en fuerza de esta confusión, todos indistintamente se ejecutan en conformidad con reglas y prácticas tradicionales (v).

La manera de contraer matrimonio, la dependencia y emancipación de los hijos, los derechos de la maternidad y de la paternidad, el dominio y tradición de las cosas muebles, los derechos del amo sobre el esclavo, la autoridad de los caciques y patriarcas, y en una palabra, la vida jurídica entera de los salvajes se desenvuelve sujeta a la más minuciosa reglamentación.

Con referencia a los araucanos, dice Molina que el cuerpo de sus leyes, conservado tradicionalmente, «se denomina *admapu*, que quiere decir las *costumbres del país*... y no son otra cosa que sus primeros usos, y las tácitas convenciones que se han establecido entre ellos» (x).

En cuanto a la igualdad jurídica, son también las costumbres las que en el mundo salvaje autorizan a los más fuertes para hacerse servir de los más débiles, para ocupar los lugares preferidos, para tomar los mejores bocados y, en una palabra, para mantenerse en una situación privilegiada.

No vayamos a creer que por no tener más garantía que las de las costumbres, sean fáciles de infringir estas prohibiciones y de atropellar estos privilegios. Aquellos que sostienen que sin fuerza no hay derecho no pueden comprender el carácter jurídico de unas costumbres que se establecen sin la intervención del Estado, y no pueden comprenderlo porque no advierten que hay coacciones, las coacciones puramente morales de la opinión, de las creencias, de los hábitos arraigados, que se ejercen con mayor vigor y eficacia que las de la fuerza. En realidad, no hay imperio más incontrastable que el de las costumbres. Los tupis creen

(v) Puede estudiarse en Cornejo (*Sociología General*, t. II, cap. IV, § VI y § IX), la distinción entre el hábito, el uso, la costumbre moral y la costumbre jurídica.

(x) Molina, *Compendio de la Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág. 62.

Smith, *Los Araucanos*, cap. XIV, pág. 151.

que si no respetaran las costumbres de sus antepasados, serían rápidamente exterminados; los jefes de los damaras, que en apariencia proceden arbitrariamente, viven sumisos a las costumbres y tradiciones de sus tribus; y de los araucanos se sabe que nadie era osado a infringirlas, y que en ellas se inspiraba todo el que tenía que tomar alguna determinación. Se puede aplicar a todos los pueblos bárbaros la observación que Tácito hizo respecto de los germanos: la costumbre puede entre ellos más que la ley en otras partes: *plusque ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges.* (y).

Hasta qué punto sean imperativas las costumbres, podemos determinarlo en los Estados cultos. Una observación somera nos hace ver que en todos, ellas prevalecen siempre contra la ley a pesar y despecho de la voluntad aparentemente omnímoda de los legisladores; y en todos, hombres que sin escrúpulos infringen la Constitución no osan alterar la manera vulgar de saludar, de vestir, de sentarse, de comer, etc., etc., y con depresiva sumisión acatan y trasmiten los usos más rutinarios como si fuesen leyes sagradas e inviolables.

Se repite a menudo que entre los salvajes no rige más ley que la del más fuerte; pero aun cuando en los estados sociales que preceden a la civilización los fuertes por ser fuertes gozan realmente de situaciones privilegiadas, no debemos creer que vivan exentos de toda disciplina y que puedan impunemente hacer de las suyas. Casi invariablemente predomina en las sociedades salvajes la fuerza, es verdad. Pero cuando el más fuerte abusa contra el más débil, la reacción espontánea del sentimiento jurídico, como lo observa Ihering, hace que la opinión general, que personifica la fuerza preponderante, preste su apoyo decisivo al derecho violado. Aun los hombres de menor cultura, observa Tylor (z), no podrían vivir asociados si entre ellos no

---

(y) Spencer, *Principes de Sociologie.* t. III, §. 467.
Tácito, *Germania.* cap. XIX.

(z) Ihering. *Esprit du Droit Romain.* t. I, § 11, pag. 122
Tylor, *Antropología.* cap. XVI, pág. 478.

rigiese más derecho que el que los alemanes llaman *derecho del puño. Faustrecht*, y los ingleses *ley del palo. Club law*.

Pues bien, las costumbres constituyen en las sociedades más atrasadas un régimen disciplinario que reprimiendo hasta cierto punto a los más fuertes, garantizan a la tribu contra la disolución.

Como quiera que en las sociedades más atrasadas no hay Poderes Públicos que hagan derecho, fuerza es concluir que originariamente la costumbre desempeña la función de única y exclusiva fuente de los gérmenes jurídicos que en ellas aparecen. Lo cual significa que en la primera época de la vida de los pueblos, época que siempre se prolongó durante larguísimos siglos, hay derecho antes de que haya leyes y decretos, y el desenvolvimiento jurídico se efectúa de manera absolutamente espontánea, sin intervención de la fuerza.

Tan incontrastable es el imperio de la costumbre que en los pueblos semi-civilizados ella se impone al derecho escrito en términos de no dejarle alientos para emanciparse. Cuando en los albores de la historia antigua se dictaron algunos códigos, no se trató de establecer normas jurídicas nuevas, forjadas por los legisladores. En estados sociales tan atrasados, nunca se les ocurrió a los Poderes Públicos eliminar la costumbre, ni subrogarla, y ni aun completarla, mucho menos infringirla alterándola. Para los pueblos semi-civilizados, la empresa de dictar códigos se concreta a escriturar y publicar aquellas normas jurídicas que la costumbre ha establecido y que las clases privilegiadas han conservado mediante la tradición oral. La idea de hacer artificialmente derecho por medio de leyes y decretos es una idea revolucionaria que no se acepta sino muy a la larga y muy trabajosamente en la vida de los pueblos. Si las leyes primitivas no fuesen simples trasuntos de la costumbre, presumiblemente no se las acataría (*a a*)

(a a) Sumner Maine. *Études sur l'Histoire du Droit*, pag. 212
Ihering. *L'Esprit du Droit Romain*. t. II. § 29. pag. 39
Denys d'Halicarnase. *Antiquités Romaines*. t. VI. liv. X. chap. I et II.

Podríamos comprobar nuestras observaciones con la autoridad de numerosos testimonios. Fustel de Coulanges dice que el Código de Dracon fué un mero trasunto de las costumbres. Niebuhr, citado por Falck, dice que las principales disposiciones de las Doce Tablas fueron simple expresión escrita de antiguas costumbres itálicas; Schulte dice que los códigos dictados por los bárbaros entre los siglos V y VII contenían todas las costumbres jurídicas vigentes; y Eginhardo dice que Carlomagno dispuso que se recopilasen y escriturasen todas las leyes no escritas que regían en los pueblos sujetos a su dominación (*a b*).

Por de contado, cuando ensalzamos la costumbre como la fuente más genuina del derecho, no pretendemos cegar la fuente legislativa. Apreciamos debidamente la importancia de la función que la ley desempeña, en cuanto le corresponde adelantar el desarrollo jurídico anticipándose a la costumbre que se forma muy lentamente. Lo único que pretendemos es reivindicar para la costumbre el carácter de fuente preponderante por la sencilla razón de que si la función del derecho es realizarse y si la regla que no se cumple no es derecho, hay muchas leyes que no constituyen derecho porque no se cumplen, en tanto que la costumbre que siempre se cumple, a despecho del legislador, siempre constituye una norma jurídica (*a c*).

Si nos preguntáramos cuándo cesa la costumbre en su función de fuente del derecho, tendríamos que contestarnos

(*a b*) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. IV, chap. VIII, pag. 370.

Falck, *Encyclopédie juridique*. § 98.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions*, pag. 69, 75, 78, 82, et 83.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. I, pag. 17.

Eginhard, *Vie de l'Empereur Charles*, XXIX.

(*a c*) Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 4, pag. 50 et t. II, § 29.

Savigny, *Traité du Droit Romain*, t. I, liv. I, chap. II, § XVI, pag. 39 et § XV, pag. 47.

que nunca, porque aun en las sociedades más civilizadas, donde los códigos se dictan con el ostensible designio de subrogarla, ella prosigue su labor silenciosa y nunca interrumpida, llenando los vacíos del derecho escrito, amoldándolo al ambiente, eliminando en él las partes inadaptables, enmendando la plana al legislador; extendiendo, restringiendo, modificando o afianzando el sentido y el alcance de las disposiciones legales (*a ch*).

Si en los pueblos civilizados parece ser muy reducido el imperio de la costumbre, es porque la mayor parte de las normas jurídicas que originariamente, acaso en siglos muy remotos, se han derivado de ellas aparecen hoy desfiguradas, a causa de que en tiempos anteriores han sido incorporadas por el legislador en el derecho escrito (*a d*). El error proviene, en tales casos, de creer que las leyes escritas son normas más o menos ideológicas inventadas por el legislador cuando, a la verdad, si estudiáramos los orígenes primeros de nuestra patria potestad, de nuestra tutela, de nuestro usufructo, de nuestro régimen hereditario, de nuestra compra-venta, etc., no tardaríamos en notar que todas estas instituciones, imitadas de Roma, nacieron y florecieron antes de que el derecho escrito llegase a reglamentarlas en conformidad con las prácticas, usos y costumbres más generales. En realidad, el derecho escrito no es, hasta cierto punto, más que la costumbre escriturada.

El imperio de la costumbre es mucho mayor en el orden público, donde el gobierno está sujeto a la implícita condición de respetar el modo de ser de la sociedad, que en el orden privado, donde la justicia tiene que aplicar las leyes sin miramientos sociales.

Por más perfecta que sea la organización del Estado, por mucha que haya sido la previsión de sus legisladores y gobernantes, siempre hay una parte de su vida que se

(*a ch*) Savigny, *Traité du Droit Romain*, t. I, lib. I, chap. II, § XV.

(*a d*) Savigny, ob. cit., t. I, lib. I, chap. III, § XVIII, pág. [illegible]

substrae a la reglamentación de sus leyes y de sus decretos y que se rige por usos, rutinas y prácticas que se han establecido insensiblemente, que han cobrado fuerza y vigor sin llamar la atención de nadie y que conspiran con suma eficacia al funcionamiento de las instituciones y magistraturas públicas.

En los Estados más cultos, donde la codificación está más desarrollada, los legisladores han intentado cegar esta fuente jurídica estableciendo que las costumbres no constituyen derecho sino en aquellos casos excepcionales en que la ley las reconozca y sancione. Pero si esta disposición ha logrado restringir en el orden privado la fuente originaria del derecho civil, no ha impedido que el derecho público se desarrollase por el solo efecto del establecimiento de prácticas y costumbres que a menudo se han sobrepuesto a las disposiciones contrarias de las leyes y aun de las constituciones.

No es exagerar decir que la administración pública se vería a cada momento paralizada en el ejercicio de sus funciones si se propusiera regirse exclusivamente por las disposiciones escritas. Son muchas las oficinas donde a causa del silencio de la ley, sólo las prácticas establecidas pueden decirnos si un empleado es superior o inferior respecto de otro, en cuál departamento debe funcionar, cómo debe impartir sus órdenes, cuáles libros le corresponde llevar, cuáles servicios se le pueden exigir, en cuáles horas debe prestarlos, etc., etc. Es la costumbre la que en Chile da derecho a los nuevos empleados para devengar sueldo, no desde la fecha del nombramiento sino desde aquella en que empiezan a prestar sus servicios. Es la costumbre la que da a los preceptores, y no a otros empleados, derecho a casa.

Oigamos lo que acerca de este punto dice un jurisconsulto norteamericano citado por Goodnow: «Un conocimiento práctico de la acción de cualquiera de los grandes departamentos del gobierno, dice, debe convencer a toda persona de que el jefe de un departamento necesita proceder a menudo discrecionalmente en la distribución de los

asuntos y responsabilidades. La ley limita el ejercicio de sus atribuciones; pero eso no significa que necesite citar una ley para cada cosa que hace. Ningún Estado podría ser administrado con sujeción a tales principios. Empeñarse en regular mediante leyes los menores movimientos de cada parte del complicado mecanismo del gobierno revelaría la más imperdonable ignorancia en la materia. Si cabe trazar las grandes líneas de sus movimientos e imponer límites al ejercicio de sus facultades, en cambio hay infinidad de cosas que es imposible prever ni definir y que son esenciales para la marcha del gobierno. De aquí que en cada departamento gubernamental se hayan establecido usos, que han venido a constituir una especie de derecho consuetudinario y que regulan los derechos y deberes de cuantos obran dentro de sus límites respectivos» (*a e*).

Mucha mayor importancia que en el orden administrativo, tiene la costumbre en el orden político, y especialmente en la rama que constituye el orden parlamentario.

Pollock observa que en gran parte la Constitucion inglesa se compone de acuerdos implícitos que jamás han sido expresamente sancionados ni definidos por los Poderes Públicos del Estado. Si nos atenemos solo a la ley escrita, el soberano conserva hasta hoy la facultad omnímoda de vetar las leyes que el Parlamento le propone; pero las prácticas parlamentarias la han anulado por completo. Legalmente hay consejeros áulicos con los cuales puede asesorarse el rey; pero las prácticas parlamentarias le prohiben oir otros consejos que los del gabinete. El gabinete mismo, que tan poderosamente influye en la vida política del Imperio Británico, no ha sido instituido por ley alguna; y ninguna ley tampoco reconoce la existencia de los partidos y de sus jefes, sin los cuales no es posible el gobierno. Por último, sería inútil buscar en las leyes escritas alguna disposicion que obligue a los ministros que no son lores a

(*a e*) Goodnow, *Derecho Administrativo Comparado*, t. I, lib. I, cap. V, § 1, pág. 12.

ocupar asientos de diputados en la cámara de los comunes (*a f*).

Como bien lo observa Dupriez, es en la costumbre donde principalmente se basan la existencia y hasta cierto punto la organización de los Poderes Públicos de Inglaterra, la forma monárquica de su gobierno, el orden de sucesión del trono, casi todas las prerrogativas del soberano, el principio de la irresponsabilidad y de la inviolabilidad reales, la existencia del parlamento, su división en dos cámaras, la composición de la de los lores, la organización del consejo privado, la responsabilidad de los ministros, etc., etc. (*a g*).

Si se arguye que en Inglaterra nunca ha sido abrogada la costumbre, veamos lo que pasa en Chile, Estado que desde la vigencia del Código Civil (1857), pretende no tener más derecho que el derecho escrito.

Sin entrar en pormenores, observaremos que en las Américas no hay Estado alguno donde el derecho parlamentario esté tan desarrollado como en Chile. La vida entera de los ministerios, su organización, sus relaciones con cada una de las Cámaras, sus facultades para proveer los cargos públicos, etc., etc. están sujetas a ciertas reglas que todo parlamentario conoce y que ningún ministro se atrevería a infringir. Pero este cuerpo jurídico de reglas no ha sido instituído ni por la Constitución, ni por las leyes. Si el Presidente de la República debe gobernar de acuerdo con las mayorías de ambas Cámaras; si tiene que elegir sus ministros entre aquellos ciudadanos que cuentan con la adhesión más o menos condicional de una y otra; si un ministro de Estado no puede combatir proyectos de ley propuestos por cualquiera de sus colegas; si a la menor insinuación de una u otra rama del Congreso debe el Ministerio resignar sus carteras; si la elección para presidente de la mesa de

---

(*a f*) Pollock. *Introduction à l'étude de la Science Politique*, pag. 261.

(*a g*) Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 7.

un representante desafecto al gabinete es causal que impone la renuncia, etc., etc.; todo esto se hace, no porque alguna ley escrita lo prescriba, sino porque las prácticas parlamentarias lo han establecido.

En 1890 se pretendió que el régimen parlamentario no imperaba jurídicamente en Chile porque ninguna ley escrita lo ha establecido. Pero en tal caso no imperaría en parte alguna del mundo. En Inglaterra, en Francia, en España, en Italia, lo mismo que en Chile, el derecho parlamentario ha sido formado casi exclusivamente por las prácticas parlamentarias, y no sabemos que haya alguna nación donde haya sido instituido por leyes escritas.

En una palabra, la costumbre es la mejor de las leyes, la más adecuada a las necesidades y a las circunstancias sociales, ley que no requiere sanción para empezar a regir ni derogación para suspender su vigencia, que nace y muere a su hora aun cuando la legislatura esté en receso y aun cuando el gobierno esté acéfalo, que lleva su sanción consigo y no puede ser impunemente infringida, que se adelanta al derecho escrito cuando éste va lentamente, que lo refrena cuando va muy de carrera, que lo amolda y hace viable cuando su aplicación tropieza con dificultades.

Esta ley de todos, esta ley por excelencia es la que con soberanía no disputada rige en las sociedades más atrasadas.

§ 51. Una de las prácticas más genuinas de las sociedades atrasadas, donde todavía no se han diversificado ni las funciones públicas ni las de la industria, es la de celebrar asambleas generales para deliberar y tomar determinaciones sobre asuntos de interés común. Hásela observado en todos los países que componen el mundo bárbaro, y merced a la historia, sabemos que también floreció en todos los pueblos que formaron el núcleo de la Antigüedad clásica.

Rosales dice de los araucanos que no vivían sometidos a una cabeza o jefe permanente, sino a un régimen muy parecido a lo que los políticos llaman democracia o *imperium populare*, porque para cualquiera cosa de importancia, se juntaban todos, y en especial los caciques y convenían en lo que se había de hacer.

Testimonios igualmente fidedignos tenemos de muchos otros pueblos bárbaros de la América Meridional. Azara atestigua la práctica de las asambleas generales entre los charrúas, entre los guaraníes, entre los albaias, entre los payaguas y en otras tribus del Paraguay, del Uruguay y del Río de la Plata; Boman las ha visto funcionar en Susques, villorrio de la Puna de Atacama, y Bandelier nos informa que también las celebran en nuestros días los aymarás del Titicaca (*a h*).

La misma práctica ha sido observada en otros continentes y en otras edades. En juntas generales deliberan sobre asuntos de interés común los indígenas de Victoria, los de Nueva Zelandia, los de las comarcas bárbaras de la India. En el Loango y en toda la parte occidental y meridional del continente africano, se sigue la misma práctica (*a i*), y según Besson, antes de la conquista de Argelia por los franceses, « cada caserío de los kabilas tenía vida propia y autonomía, ofreciendo en pequeño un remedo de una semecracia porque la soberanía estaba radicada en la asamblea general de los ciudadanos ». Es la que los cronistas de la conquista de América llamaban *behetría* (*a j*).

(*a h*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXXII.

Según Molina, las asambleas generales se llamaban en la lengua araucana *Butacoyag* o *Ancacoyag*, esto es, el *Gran Consejo*, o el *Consejo de los Araucanos*. Molina, *Compendio de la Historia Civil del Reino de Chile*, pág. 62.

Olivares trae en su *Historia de Chile* (lib. I, cap. XXIV) una relación de la manera como se celebraban los llamados Parlamentos araucanos.

Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 20, 54, 99, III, etc.

Boman, *Les Antiquités de la Région Andine*, t. II, pag. 433.

Bandelier, *Las Islas de Titicaca y Koati*, t. I, págs. 181 y 193.

(*a i*) Hartmann, *Les Peuples de l'Afrique*, pag. 209 et 210.

(*a j*) Besson, *Bulletin de la Société de Législation Comparée* de 1894, pag. 280.

En este sentido usaba la palabra Pedro de Valdivia cuando decía que Chile era *tierra de behetrías*. Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VII, pág. 115.

De la información levantada por el virrey don Francisco de Toledo

Así mismo, en la antigua Islandia vemos funcionar la asamblea general desde el siglo IX, cuando fué colonizada

entre 1570 y 1572 sobre la fundación del Imperio Incásico, resulta que «hasta Topainga Yupangui, que tuvo y sujetó tiránicamente estos reinos, los dichos naturales no tenían ni tuvieron ningun señor ni cacique que los mandase ni gobernase en tiempo de paz ni a quien tuviesen ninguna sujecion, y eran como *behetrías*, sin que hubiese entrellos ningun género de gobierno». Medina, *La Imprenta en Lima*, t. I, pág. 178.

Con relación a la Tierra Firme, dice Herrera que «la primera provincia desde Acla ácia el Hueste es Comagre»; que «los castellanos llamaron Cueva toda la Tierra hasta la provincia de Perúquete», y que a otra provincia comarcana «dixeron las *behetrías*, por no haver en ella ningun señor». Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*. Década II, lib. III, cap. V.

Respecto del Perú, dice Sarmiento de Gamboa, que «desde el diluvio general... hasta al tiempo que empezaron los ingas, que fueron 3519 años, todos los naturales destos reinos vivieron en *behetrías* sin reconoscer señor natural ni elegido, procurando conservarse en una simple libertad». Sarmiento de Gamboa, *Geschichte des Inkareiches*. pag. 29.

«Hay conjeturas muy claras que por gran tiempo no tuvieron estos hombres (los primitivos indígenas del Perú) reyes ni república concertada sino que vivían por *behetrías* como ahora los Floridos, los chiriguanos y los Brasiles... Primeramente en el tiempo antiguo en el Perú no había reino ni señor a quien todos obedeciesen, mas eran *behetrías* y comunidades». José de Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, lib. I, cap. XXV, y lib. VI, cap. XIX, citado por Riva Agüero, *La Historia en el Perú*, pág. 65.

Según Garcilaso de la Vega, Huayna Capac envió a los naturales de Manta «los requirimientos acostumbrados que se apercibiesen para la guerra, o se rindiesen a su Imperio». De antemano, en previsión de la guerra, ellos habían tratado de organizar con las naciones circunvecinas la defensa común: pero «no habían podido reducirlos a union y conformidad porque las más eran *behetrías* sin ley ni govierno; por lo cual los unos y los otros se rindieron». Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, lib. IX, cap. VIII, pág. 312.

Con el mismo sentido usa Cobo la voz *behetría*. «A tres órdenes o clases, dice, podemos reducir estas gentes (las de toda América), tomando por razón constitutiva de cada clase la manera de gobierno y república que guardan entre sí: en la primera clase pongo aquellos que pasan la vida en *behetrías*, sin pueblos, reyes ni señores: estos son los más rudos y salvajes de todos». Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*. t. III, lib. XI, cap. X, pág. 53.

Acosta observa que «cosa es averiguada que en lo que muestran más

por los noruegos, hasta el siglo XIII, en que fué por ellos mismos conquistada (*a k*).

La misma práctica siguieron los godos, particularmente antes de su establecimiento en el Imperio Romano. Un cronista citado por Blaramberg, recuerda una reunión general celebrada por ellos con motivo de un hambre que les asolaba. Para proporcionar la cuantía de los alimentos al número de los individuos, se propuso muy seriamente matar a los viejos, a los niños, y, en general, a cuantos no estuviesen en estado de cargar armas, y después de alguna deliberación, se prefirió disponer que un tercio de la población se segregara de la parte restante y saliera a buscarse la vida (*a l*).

A pesar de su habitual concisión, Tácito nos ha dejado muchas y muy interesantes noticias sobre las asambleas ge-

---

los bárbaros su barbarismo es en el gobierno y modo de mandar... Por esto, agrega, muchas naciones y gentes de indios no sufren reyes ni señores absolutos, sino viven en *behetría;* y solamente para ciertas cosas, mayormente de guerra, crean capitanes y príncipes, a los cuales durante aquel ministerio obedecen ». Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, t. II, lib. VI, cap. XI, pág. III. y cap. XIX, pág. 126.

Como quiera que antes de la conquista de América no podía haber en los reinos españoles población alguna sin gobierno, la voz *behetría* se usaba en el derecho político con un sentido algo diferente dándose este nombre al pueblo que tenía el privilegio de elegir el jefe que le rigiera. *Behetría*, dice la ley 3, tít. XXV, Partida IV, « tanto quiere decir como heredamiento que es suyo quito de aquel que vive en él e puede recibir por señor a quien quisiere que mejor le faga ». *Behetría de parientes* era aquella que no podía elegir por jefe sino un consanguíneo. *Behetría de mar a mar*, era la que podía elegir a cualquiera persona, aun a cualquier extraño.

Los cronistas de la conquista de América, evidentemente llamaron behetría a la población autónoma que se gobernaba a sí misma. Cuando Cieza de León dice que « todos los indios sujetos a la gobernación de Popayan han sido siempre y lo son *behetrías* ». (*Crónica del Perú*, capítulo XIII, pág. 366), lo que quiere significar es que vivían sin jefe ni señor.

(*a k*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*. pag. 342.

(*a l*) Blaramberg, *Les Institutions et les Lois de la Roumanie*, pag. 37.

nerales de los germanos (*a ll*); y D'Arbois de Jubainville nos habla extensamente de las celebradas por los celtas de Irlanda (*a m*).

Respecto de la Antigüedad clásica, Mommsen acredita que los comicios del pueblo romano se celebraban ya en los tiempos de la monarquía y eran tan antiguos como la misma Roma (*a n*); y cuando Aristóteles habla de las democracias griegas, desconocido como era el régimen representativo, supone siempre que la legislatura, la justicia y la designación de los gobernantes eran prerrogativas de los pueblos. La reunión que en Atenas se llamaba *Iglesia* (*Ekklesia*) no era otra cosa que la asamblea general del pueblo (*a ñ*).

Con referencia a las juntas generales de los anglo-sajones, conocidas bajo el nombre de *Witenagemot*, Gneist observa que ni en su composición personal ni en su historia se encuentra indicio alguno de representación ni de elecciones, como que todos los concurrentes asistían por derecho propio, ninguno a nombre ni por mandato ajeno. Tan profundamente incompatible era aquel sistema con el régimen representativo que como la cosa más natural del mundo, un rey llamado Athelstane dispuso que ninguno pudiera asistir a la asamblea sino por derecho propio (*a o*). En los

(*a ll*) Tácito, *Germania*, cap. XI.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, Primera Parte, cap. I, pág. 4.

(*a m*) D'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le Droit celtique*, t. I, 2ème partie, chap. I, § 4, pag. 320.

(*a n*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 348.

(*a ñ*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VII chap. III, § 3.

Perrot, *El Derecho Público de Atenas*, págs. 43 y 195.

(*a o*) Guizot, *Histoire du Gouvernement Représentatif*, t. I, leçon IVme, pag. 69.

Gneist, *La Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 77.

Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. I, chap. III, pag. 40 et 42. — On les designait (les assamblées) sous le

mismos principios se funda en todas partes del mundo la organización de todas las asambleas generales de origen espontáneo.

Al hablar de los parlamentos araucanos, Rosales advierte a los gobernadores de Chile que para garantizar sus convenios con los indígenas, deben cuidar de « no comunicarlo solo con una o dos provincias o con sus caciques, sino, también, con los demás de las otras porque no dan otra excusa para contradecir cualquiera determinación si no es: « no me llamaron, no hicieron caso de mi; pues si los demás dieron la paz o determinaron algo, que lo cumplan ellos, que yo no quiero » (*a p*).

En todos aquellos pueblos que por causa de su atraso no se han elevado todavía a la compleja noción de la personalidad del Estado, el principio que va envuelto en las palabras del araucano, cual es, que en aquello que a cada uno interesa, solo él es competente para estipular, resolver y contraer obligaciones, constituye el origen y el fundamento jurídico de las asambleas generales. Sea porque todavía no hay gobierno, sea porque a los principios no se le reconoce la facultad de asumir la representación de todos, la asistencia personal es, en tales condiciones, más que un derecho, una necesidad. Con mucha sagacidad observó Guizot que los francos celebraban sus asambleas generales, no en virtud del principio de la soberanía del pueblo, sino en ejercicio del derecho de cada hombre libre a disponer de sí por sí mismo (*a q*).

Este mismo principio nos explica la asistencia de las mujeres a las asambleas de algunos pueblos. Por de contado, debemos presumir que la entrada no ha de estar franca

---

nom (dice Glasson) de *Witenagemot*, du mot *gemot*, qui vient de *Metan*, *motian*, se réunir (en anglais *to meet*) ou de *gemetan*, se retrouver ».

(*a p*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXXII.

(*a q*) Guizot, *Histoire du Gouvernement Répresentatif*, t. I, leçon XXe, pag. 213.

para ellas en aquellos pueblos más belicosos que por obra del estado permanente de guerra, se han habituado a un régimen, cual es el militar, de carácter acentuadamente masculino con la inevitable consecuencia del avasallamiento de la mujer. Pero nada se opone a la asistencia personal de las mujeres, a lo menos en calidad de comparsas, ni en los pueblos de índole pacífica ni en aquellos donde todavía no han sido ellas muy esclavizadas. En ciertas comarcas de Australia, Delessert tuvo ocasión de observar que las mujeres ancianas concurrían a las juntas generales (*a r*); y según Engels, a las asambleas generales de los iroqueses, en Norte América, asiste la *gens* en masa, esto es, hombres y mujeres, ancianos y niños (*a s*).

Base que el funcionamiento de las asambleas generales supone con carácter de inomisible es el principio jurídico que reduce cada Estado a una sola ciudad, y que permite a la población entera congregarse expeditamente cada y cuando el interés común lo requiere. Si ellas florecieron en la Antigüedad clásica, particularmente en Roma bajo el nombre de *comicios*, es cabalmente porque los Estados antiguos jamás se estimaron agrandados por la conquista, y cuando las armas de algunos de ellos dominaban todo el mundo conocido, se seguía creyendo que sus límites primitivos o municipales permanecían fijos.

En los grados inferiores del desenvolvimiento social, durante la vida nómade, el estado de agrupación en que los salvajes se mantienen por vía de ayuda y defensa mutua constituye de suyo una asamblea permanente; y sin necesidad de convocatorias, todos se encuentran en toda ocasión reunidos para adoptar resoluciones de interés común. En los grados subsiguientes, la adopción de la agricultura propende sin duda a dispersarlos a la larga; pero de pronto el carácter colectivo que entonces predomina en la propiedad les mantiene unidos en las labores de la explota-

(*a r*) Delessert, *Voyage dans les deux Océans*, pág. 143

(*a s*) Engels, *Origen de la Familia*, cap. III, págs. 156 y 157

ción común y les afianza en la práctica de congregarse con más o menos frecuencia (*a t*).

Bajo la inspiración de la doctrina clásica de Montesquieu, algunos publicistas contemporáneos se han imaginado ver establecida en Grecia y en Roma la separación de Poderes, asignando a las asambleas generales de aquellos Estados la prerrogativa de legislar. La verdad es, sin embargo, que en los grados inferiores y medios del desarrollo político, ellas tienen promiscuamente a su cargo todas las funciones públicas y que por causa del respeto supersticioso que los pueblos atrasados tributan al derecho consuetudinario, lo que menos hacen es legislar. De los inciertos datos que la tradición y la historia nos suministran sobre los orígenes de los códigos más antiguos, se infiere un hecho positivo, cual es que los pueblos helénicos y romano tuvieron que luchar durante largos siglos antes de conseguir que se dictaran verdaderas leyes, y que las primeras no fueron dictadas por las asambleas generales sino por dictadores armados *ex-professo* de la potestad legislativa. A la verdad, la asamblea general no es originariamente un órgano instituido para desempeñar una función especial: identificada como nace con la sociedad entera, es un organismo completo, apto para desempeñar todas las funciones de interés social.

El régimen de las asambleas generales, que por el hecho de confundir el Estado con la sociedad es anterior a todo proceso de diferenciación orgánica, no se puede estimar como un régimen ideal del porvenir según lo predican algunos demócratas, sino como un régimen primitivo, propio de los grados inferiores del desarrollo político.

§ 52. ¿Cuál es la necesidad o causa social que da origen a las asambleas generales? En el sentir de Spencer, estas instituciones tienen a los principios carácter militar más

(*a t*) «Les chefs de famille, réunis en assemblée sous la présidence du *starosta* ou maire qu'ils ont élu, discutent et règlent directement les affaires communales», dice Laveleye del *mir* de Rusia, *Les formes primitives de la Propriété*, chap. II, pag. II.

bien que político, y son en sus orígenes simples consejos de guerra. En confirmacion de esta hipótesis, se pueden citar innumerables hechos (*a u*).

En Roma, donde el rey desempeñaba ante todo las funciones de general y los senadores las de meros jefes militares, se daba a los ciudadanos reunidos en comicios el apelativo de *quirites*, que quiere decir *porta-lanzas*, porque primitivamente asistian a las asambleas como guerreros aparejados con esta arma. Entre los antiguos germanos, la asamblea no era en realidad más que la nación armada (*a v*); y después de su establecimiento en el Imperio Romano, los godos, los burgundas y los francos conservaron, dice Thierry, la costumbre de celebrar asambleas a donde los reyes y los guerreros de raza germánica asistían armados. Sidonius Apollinaris nos ha trasmitido algunos pormenores relativos a una de estas reuniones, a la cual llegaron los conquistadores con la espada al cinto. Así mismo, continúa el historiador, las asambleas celebradas por Clodoveo y sus sucesores eran simples consejos de la raza conquistadora y de la poblacion militar, por manera, observa Fustel de Coulanges, que en el lenguaje de aquella época eran sinónimas y se usaban promiscuamente las palabras *exercitus* y *populus* (*a x*).

Hechos análogos encontramos en pueblos muy diferentes. La dieta de los tártaros se componia, según Gibbon, de los jefes de tribu acompañados por numerosos séquitos de guerreros, y era el pueblo armado el que deliberaba cuando el monarca queria oir consejo (*a y*). Así mismo, a las asambleas generales de los primitivos polacos sólo

(*a u*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 491.

(*a v*) Tácito, *Germania*, XIII.

(*a x*) Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France*, XXV, pag. 421.
Fustel de Coulanges, *La Monarchie franque*, chap. III, pag. 67.
Es de advertir que Fustel de Coulanges niega que en la monarquía franca se celebrasen asambleas generales de carácter nacional.

(*a y*) Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t. I, pag. 618.

concurrían los que cargaban armas; y en Hungría, hasta principios del siglo XVI, los señores se reunían a imitación de sus antepasados en un campo abierto armados como para entrar en batalla (*b a*). Por último, entre los araucanos, la asamblea general se llama *Auca-cagum*, que según Martínez de Bernavé, vale tanto como *junta de alzarse* (*b c*).

Los hechos enunciados, que fácilmente se podrían multiplicar, parecen confirmar la hipótesis que atribuye origen militar a la institución de las asambleas generales. Pero otros, no menos numerosos, la desautorizan por completo.

Cuando se estudia el carácter colectivo de la propiedad primitiva, se encuentra que las asambleas generales se componen, no propiamente de guerreros, sino de condóminos. Si todos ellos asisten armados, no es porque vengan a un consejo de guerra; es porque las armas son las insignias de los ciudadanos. Allí donde la asamblea comprende la población entera, los guerreros armados se codean con ancianos y mujeres inermes.

Cuando se dice que las asambleas generales no son en sus orígenes sino meros consejos de guerra, implícitamente se afirma que en ellas solo se trata de asuntos militares. Pero los testimonios más fidedignos no confirman estos asertos. Cuantos han leído la historia romana saben que si los comicios por centurias tenían carácter militar, los comicios por curias solo deliberaban sobre asuntos jurídicos y políticos (*b d*). Así mismo, en las asambleas generales de los germanos se trataba, según Tácito, no solo de la paz y de la guerra, sino también de legislación, de elecciones, de emancipaciones, de matrimonios, etc., etc. (*b e*); y en las de los merovingios, según Schulte, de las cosas del ejército, de la aceptación de presentes, de la publicación de leyes, de

(*b a*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, pag. 249.

(*b c*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, LXXVII.

(*b d*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 348.

(*b e*) Tácito, *Germania*, XI.

la recepción de embajadores, de la audición de informes, de los enviados reales, de la justicia, etc., etc. (*b f*).

A su turno nos informa Gneist que en las asambleas generales de los anglo-sajones, llamadas *Witenagemot*, se trataba no solo de la guerra, del ejército y de la defensa del reino, sino también de las instituciones civiles, políticas, judiciales y eclesiásticas; de ordenanzas de policía; de la conservación de los caminos y de los puentes; de amonedación y de impuestos; de los abusos de los funcionarios, de las querellas de los grandes y de los prelados, de solicitudes particulares, etc., etc. (*b g*).

Por último, D'Arbois de Jubainville describe en estilo animado la compleja actividad de estas asambleas en la Irlanda céltica. Las grandes asambleas públicas, que tomaban el nombre de *Congbail* cuando se reunían para hacer leyes y tratados, tenían, dice, en la vida de los celtas irlandeses una importancia que no se puede exagerar. Todas las necesidades y todas las pasiones de los hombres encontraban satisfacción en estas reuniones. Para la piedad había en ellas ceremonias religiosas; para los litigantes, abogados y jueces, y para los amantes de la música, cantores y tañedores. Aquellos que tenían afición a la literatura y a la historia, encontraban poetas que recitaban versos nuevos, sabios que recordaban las antiguas composiciones épicas, las nóminas de los reyes, las geneologías de las familias principales. Las mujeres versátiles (*volages*), reclutaban nuevos maridos y los reyes, soldados. Los comerciantes ganaban dinero; los políticos deliberaban gravemente sobre los más altos intereses nacionales; y la juventud alegre tenía allí entretenimientos propios de la edad (*b h*).

(*b f*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 46.

(*b g*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, page 78 et 81.

(*b h*) D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit Celtique*, t. I, pag. 320.

En cuanto al personal de las asambleas generales, no siempre se compone exclusivamente de guerreros. Ya hemos visto que en algunas tribus de Australia y de Norte América, asisten también a las reuniones plenarias los ancianos inválidos, los niños y las mujeres; y algunos de nuestros cronistas coloniales atestiguan, así mismo, la asistencia de mujeres y niños en los parlamentos celebrados por los araucanos.

En otras partes, los guerreros son excluídos de las asambleas generales. En las comunidades más grandes de los slavos meridionales, solo concurren a las asambleas generales los padres de familia llegados a la edad madura (*b i*); y entre los hotentotes del África Meridional, así como entre los gopas de Bengala, el jefe de cada tribu es asistido por un consejo de ancianos (*b j*). Práctica parecida se sigue hasta nuestros días por los chiriguanos de Bolivia (*b l*); y según Sumner Maine, en ciertos caseríos de la India, sólo los ancianos tienen derecho de asistir a las asambleas generales (*b m*).

Pues bien, de estos hechos, aunados con los que cita Spencer, se infiere la verdadera teoría de las asambleas generales. Ellas no son meros consejos de guerra; tampoco son simples sesiones de comuneros. En sus orígenes ellas se reunen o funcionan cada y cuando hay que deliberar sobre asuntos de interés común, sin distinguir los de derecho público y los de derecho privado, ni los de carácter civil y de carácter militar, ni los jurídicos, de los políticos, de los morales, de los económicos o de los higiénicos.

Que de ordinario la atención de estas asambleas aparece principalmente embargada por los asuntos militares es mu-

(*b i*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 330.

(*b j*) Letourneau, *De la Propriété*, pag. 102 et 133.

(*b l*) Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. V, pág. 161.

(*b m*) Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, pag. 163.

cha verdad, y el estado permanente de recíproca hostilidad en que las tribus salvajes viven explica tan absorbente preocupación. Pero las mismas asambleas tienen que tratar también de todos los asuntos que interesen a la población en general porque todavía no se han formado órganos especiales que las reemplacen en el desempeño de algunas funciones.

Si las asambleas generales fuesen simples consejos de guerra, ellas no existirían en los pueblos pacíficos o suspenderían sus funciones en los tiempos de paz. No ocurre ni lo uno ni lo otro: las asambleas compuestas de ciudadanos armados funcionan en tiempo de paz y tratan de asuntos que no tienen carácter militar; y pueblos esencialmente pacíficos, como algunos de la India, las celebran cada vez que necesitan deliberar sobre asuntos de interés común (*bn*).

§ 53. Con intermitencias más o menos prolongadas, las asambleas de los tiempos prehistóricos se han perpetuado en los pueblos civilizados hasta nuestros propios días, si bien no han alcanzado tan pasmosa longevidad sino sufriendo desmedros y modificaciones que las han transformado en su estructura hasta quedar reducidas casi exclusivamente al papel de órganos legislativos locales. Determinar las causas sociales de estas trasformaciones es poner de manifiesto el proceso de diferenciación orgánica que dá origen a los cuerpos representativos, llámense ellos Congresos, parlamentos, cortes, dietas, cabildos, municipalidades o como se quiera.

Mientras el Estado permanece estrechado entre los límites elementales de un solo municipio, no hay ni puede haber más de una asamblea general, la cual comprende a todos los hombres válidos, que prácticamente se distinguen por su aptitud para cargar armas. Pero cuando por obra de la conquista o de las alianzas nace el Estado compuesto, espontaneamente queda constituído un sistema de dos o mas asambleas generales, de las cuales una es de carácter

(*bn*) Sumner Maine, *Etudes sur l'Histoire du Droit*, pag. 163 et 166

nacional porque ejerce las funciones legislativas en todo el Estado, y las demas son de carácter *local* porque solo pueden ejercerlas en sus respectivos municipios.

Originariamente, por tanto, las asambleas locales, a semejanza de las asambleas nacionales, no son instituciones políticas creadas por el legislador; son instituciones sociales, creadas por las respectivas sociedades y con las cuales se confunden. Sin excepción alguna, siempre que nos es dable conocer sus orígenes, encontramos que ellas provienen del sometimiento de varias tribus o Estados municipales a la soberanía o a la hegemonía de uno solo; sometimiento que virtualmente convierte las asambleas generales de los pueblos vencidos en asambleas locales, y la asamblea general del pueblo vencedor, en asamblea nacional.

Así se formaron estas instituciones en todos los Estados que se desgajaron del Imperio Romano (*b ñ*).

Respetuosos del estatuto personal, los romanos dejaban subsistentes las instituciones de los pueblos vencidos, y no los sometían sino en tanto cuanto les era indispensable para mantenerlos subyugados y explotarlos a perpetuidad (*b o*).

Cuando la conquista de Macedonia (año 168 antes de J. C.), dividieron el país en cuatro regiones y le impusieron un tributo anual, pero a la vez declararon libres a los macedonios y les dejaron incólumes sus leyes, sus instituciones y la facultad de elegir sus magistrados locales (*b p*); y cuando César subyugó las tribus célticas, cada una de las cuales era regida por un príncipe, un senado y una asamblea general, esta organización quedó subsistente en sus partes esenciales (*b q*).

(*b ñ*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. VII, chap. XI, pag. 284.

(*b o*) Guiraud, *Les Assamblées provinciales dans l'Empire Romain*, liv. I, chap. I, pag. 37.

(*b p*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 204.

(*b q*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. VI, chap. VI, pag. 275.

El año 45 (antes de J. C.) se dictó una ley que tuvo por objeto uniformar el régimen municipal de todas la ciudades de Italia; y aun cuando para establecer la uniformidad se hubo de modificar algunas constituciones, en todas se dejaron subsistentes el senado y la asamblea popular que existían desde antes de la conquista (*b r*).

Así mismo, en las cartas municipales que en nombre del pueblo romano se otorgaban a las ciudades de fuera de Italia se las devolvía la facultad de administrarse y gobernarse a su regalada gana; facultad que implicaba el respeto de las instituciones preexistentes por parte de los vencedores. Menos por liberalismo que por desdén de los pueblos vencidos, Roma otorgaba esta autonomía aun a aquellos Estados subyugados que por razones políticas o militares, dejaba bajo la mano de sus procónsules y gobernadores. A condición de que se mantuvieran sumisos, la pagaran tributo y contribuyesen con los auxilios militares que les exigiese, nada la importaba que conservasen su consejo, su asamblea popular, sus magistraturas y todas sus leyes e instituciones (*b s*).

Esta organización parece haber resistido al ariete destructor de las invasiones, porque después del establecimiento de los bárbaros en el Imperio Romano, se ven funcionar en muchas ciudades, dice Guizot, el Senado, la curia y las asambleas públicas; y estas instituciones, que no fueron erigidas ni por los romanos ni por los invasores, eran las mismas que habían florecido en siglos anteriores de independencia y soberanía (*b t*).

Lejos de proponerse destruir las asambleas generales, los invasores que habían acostumbrado celebrarlas en sus países originarios, pusieron particular empeño en la obra de man-

(*b r*) Marquardt, ob. cit., t. I, pag. 93.

(*b s*) Marquardt, ob. cit., t. I, pags. 88, 106, 109, 110, 206, 310 et 311.

(*b t*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, VIIe leçon, pag. 198.

Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. IV, pag. 223.

Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 93.

tenerlas, de restablecerlas y de infundirlas nueva vida en todas aquellas partes del Imperio donde quedaron dominando (*b u*).

Que las asambleas locales de los germanos, llamadas en su lengua *màls* (de *mahl*, reunión, asamblea), y *placita* en latín, subsistieron después de las invasiones es punto, dice Guizot, que no se puede revocar en duda, porque los textos de sus propias leyes lo atestiguan. Si alguno citado al *mahl*, estatuye la ley sálica, no concurriere, será condenado a pagar 15 *solidi* a menos que haya tenido impedimento legítimo. Que la asamblea, *conventus*, (manda la ley alemana) se celebre según la antigua costumbre en cada centuria ante el conde y su comisario y ante el centurión. Que el *placitum* se celebre en todas las Kalendas o cada 15 días si es necesario, dispone la ley de los boyares (*b v*).

Fuera de las Galias vemos repetirse el mismo fenómeno político, cual es el de la subsistencia de las asambleas públicas en los lugares poblados. Según Laveleye, en las ciudades de Italia las asambleas generales funcionaron activamente durante los siglos medios bajo el nombre de *Parlamentos* (*b x*); y según Gneist, las asambleas locales de Inglaterra, que más tarde se convirtieron en tribunales de condado, y que más o menos modificadas, subsisten hasta nuestros días, fueron primitivamente asambleas deliberantes de los diminutos reinos anglo-sajones; las cuales, cuando se unificó el Imperio, quedaron subsistentes bajo la supremacía de las asambleas generales llamadas *Witenagemote*. Así mismo, en el reino de los Visigodos, encontramos las asambleas generales bajo el nombre de *Conventus publicus vicinorum*; y por último, una ley dictada en el Concilio del reino de León, hacia el año 1120, dispone que todos los vecinos de esta ciudad « assí los que moran dentro los

(*b u*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, pág. 5.

(*b v*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. III, pag. 292.

(*b x*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, livre XII, chap. V, pag. 312.

muros como los de fuera ayam un foro et uiengan todos primero uiernes de coaresma al cabildo de Sca. María de Riegla» (*b y*).

Entre los slavos del sur, las asambleas llamadas *Skuptchina* (*b z*), que se componen de todos los miembros de las respectivas *gentes* y que funcionan autonómicamente bajo de los poderes nacionales, vienen también a todas luces de tiempos muy lejanos, anteriores a la formación del Estado compuesto en que hoy aparecen incorporadas.

Formadas espontáneamente, sin intervención del legislador y compuestas de todos los ciudadanos interesados, las asambleas locales ejercen originariamente sus funciones sin más limitaciones que las establecidas por la soberanía del Estado en que están incorporadas. De hecho actúan soberanamente en la administración de los intereses locales, en la elección de magistrados, en el arreglo de las relaciones jurídicas de los vecinos, en lo tocante a la organización de la propiedad y de la familia, al régimen hereditario y a la represión de los delitos, etc., etc.

Es difícil, dice Guizot, enumerar las atribuciones y ocupaciones de las asambleas que se celebraban bajo de los merovingios. Fuera de la justicia, eran asuntos de su incumbencia todos aquellos que miraban al interés común de la circunscripción territorial; y además en ellas se perfeccionaban los contratos y ante ellas adquirían la publicidad y la autenticidad que en nuestros días les dan los notarios (*c a*).

La misma ilimitada competencia ejercían en los siglos me-

(*b y*) *Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Castilla*, t. I, pags. 17 y 18.

Colmeiro, *Introduccion a las Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Castilla*, parte primera, pag. 118.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 75.

Hinojosa, *Estudio sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 7.

(*b z*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 330.

(*c a*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. III, pag. 293.

dios las asambleas de condado en Inglaterra. Sin restricción alguna de carácter jurídico, ellas atendían a la policía local de seguridad, a la construcción y conservación de los puentes y de los caminos, a la reparación de los fuertes y de las murallas de circunvalación urbana; convocaban a las milicias, resolvían asuntos eclesiásticos, administraban justicia, y actuaban a la manera de notarios para dar autenticidad a ciertos actos.

En una palabra, como lo observa Schäffle, bajo el respecto fisiológico, la asamblea de todos los vecinos no es una institución de carácter *específico*, que desempeñe funciones determinadas; es una institución de carácter *universal*, que atendiendo a todas las necesidades y progresos locales, integra y desarrolla la vida colectiva de la población (*c b*).

La autonomía de las asambleas municipales llegó en los siglos medios a tal extremo que uno de los principios más inconcusos de la jurisprudencia de aquella época fué que la ley general no puede prevalecer contra la ley local.

De estos hechos se infiere que ora actúen independientemente como poder nacional, ora actúen solo autonómicamente como poder municipal; las asambleas generales son siempre cuerpos legislativos. No pierden su carácter legislativo las locales por el hecho de que no puedan dictar leyes nacionales, ni lo pierden las nacionales por el hecho de que no puedan dictar leyes locales. Son restricciones que en los Estados compuestos se imponen por la superposición o por la yuxtaposición de órganos que anteriormente han constituído sendos todos independientes (*c c*).

En cuanto a la vitalidad de estas instituciones, ellas han resistido la acción deletérea de los siglos y de los cambios sociales y en algunos Estados han subsistido más o menos transformadas hasta nuestros días (*c ch*).

(*c b*) Schäffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale*, t. II, pag. 670.

(*c c*) Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 30.

(*c ch*) Henry Babeau es de sentir que a consecuencia de las invasiones y de la organización feudal, las asambleas generales locales desapare-

Como quiera que la propiedad colectiva da interés a los comuneros en las asambleas generales, ellas han tenido vida más intensa y perdurable en aquellas poblaciones donde se han conservado desde los tiempos primitivos egidos y dehesas, esto es, campos, bosques, y en general bienes rurales de carácter indivisible e inalienable y pertenecientes al común del pueblo. Restif de la Bretonne, dice Babeau, pinta de *visu* lo que a fines del reinado de Luis XV era la vida comunal de su aldea, en los siguientes términos: « La pequeña parroquia de Sucy, que posee bienes comunales, se gobierna a la manera de una familia muy ramificada: allí todo se decide por mayoría de votos en asambleas que en los días festivos se celebran en la plaza pública al terminarse la misa y que se convocan mediante el repique de las campanas » (*c d*).

En muchas pequeñas poblaciones de Suiza, de Austria, de Alemania, del norte de España, etc., etc., donde la individualización de la propiedad no ha conseguido todavía convertir en heredades particulares los egidos y dehesas de los tiempos primitivos, la práctica de las asambleas generales subsiste con gran vitalidad en nuestros días y ha sólido resistir aun a leyes que han tratado de suprimirlas para reemplazarlas por el régimen representativo (*c e*). Los

cieron en Francia durante la Edad Media hasta el siglo XI inclusive y que en el siglo XII reaparecieron y prolongaron su vida hasta que la revolución francesa vino a suprimirlas. H. Babeau, *Les Assamblées Générales*, pag. 7 á 19.

No obstante la gran competencia y autoridad de Babeau, es de poner en duda la muerte de las asambleas porque en todos los códigos de los bárbaros hay disposiciones que prescriben su funcionamiento y porque en aquellos siglos, dentro de las ciudades, la justicia fué siempre administrada popularmente.

Respecto de España, por lo menos, es un hecho que las asambleas generales funcionaron durante toda la Edad Media. Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pag. 7 y 65.

(*c d*) H. Babeau, *Les Assamblées Générales*, pag. 2

(*c e*) Sobre la subsistencia de las asambleas generales en el norte de España, son sobre manera interesantes unos estudios publicados por Cos-

cabildos llamados *abiertos* en el lenguaje administrativo de España no son sino supervivencias de las primitivas asambleas generales (*c f*).

§ 54. Para adelantar en el estudio de este proceso de diferenciación, debemos anticiparnos a desvanecer de nuestro espíritu ciertos prejuicios que miran a las instituciones legislativas, sean ellas nacionales o municipales, y que nos impiden adquirir nociones realmente positivas acerca de la manera y forma como estos cuerpos se transforman y evolucionan.

En los Estados más civilizados, gozan ellas de tanta popularidad que casi no juzgamos posible el que alguna vez hayan sido miradas con repugnancia por los pueblos. Tanto en Europa como en América, los pueblos cuentan entre sus más preciadas conquistas políticas la institución de los cuerpos legislativos con carácter de permanente; y en aquellas naciones, como Turquía y Rusia, donde se ha retardado su establecimiento, han luchado denodadamente por tenerla como si con ella hubiera de llegarles el summun de la felicidad.

Una u otra vez han sido atacadas por la opinión pública estas instituciones (*c g*), pero en el fondo los ataques se

---

ta, Pedregal y Serrano, bajo el título de *Materiales para el Estudio del Derecho Municipal Consuetudinario*, Madrid 1885; estudios que se reprodujeron unidos a otros en otra obra titulada: Costa, *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, 2 vol., Barcelona, 1902. Véase particularmente en el tomo I el estudio de López Morán sobre el *Gobierno de los pueblos, Democracia directa*, pág. 269.

(*c f*) «Dos especies de ayuntamientos o concejos se practican hoy día en los pueblos. Una de los que se dicen *particulares;* otra, de los generales, que llamamos *abiertos*... Su uso principalmente se dirige a la elección de sirvientes del pueblo, como son médico, cirujano... y otros. Suelen celebrarse también cuando se trata de repartimiento, o contribución de vecinos, o de asunto que toque a la utilidad de todos». Santayana y Bustillos, *Gobierno Político de los Pueblos de España*, pág. 26, Zaragoza, 1742.

(*c g*) Por ejemplo, por Sumner Maine, en sus *Essais sur le Gouvernement populaire*, París, 1887.

han enderezado mucho menos contra su existencia que contra su organización y su funcionamiento. Pueblos y publicistas ven en ellas una garantía de libertad y una fuerza de progreso.

Pues bien, los que nos hemos criado en esta atmósfera nos resistimos a creer que alguna vez en la vida de los Estados se hayan extinguido las instituciones legislativas víctimas de la letal indiferencia de los pueblos, y que los mayores esfuerzos para sostenerlas y darles vida se hayan hecho en ocasiones por algunos de los monarcas más autocráticos de la historia. *A priori* no se comprende, en efecto, como haya podido suceder que un autócrata haya apoyado de buen grado una institución que con su sola existencia cercenaba su poder, o que un pueblo la haya negado su apoyo olvidando que ella es la mejor salvaguardia de sus derechos y libertades (*c h*).

Entre tanto, es la verdad que numerosos testimonios históricos acreditan el grande empeño puesto por algunos monarcas en la empresa de restablecer en su pasado vigor instituciones legislativas que se extinguían lánguidamente por falta de adhesión popular.

Si hubo en la historia príncipes despóticos, fueron, sin duda, los emperadores romanos; y no obstante, algunos de ellos, en la época de mayor poderío, se esforzaron ora por restablecer las antiguas instituciones legislativas, ora por establecer otras nuevas.

Sin hablar de Augusto y sus inmediatos sucesores, que con tanto ahinco se empeñaron en restaurar la dignidad y la autoridad del Senado romano ¿no es singular que los esfuerzos de aquellos déspotas en favor de las instituciones legislativas se estrellaran en la indolencia y la pasiva oposición de los pueblos mismos que con ellas habían de beneficiarse? (*c i*)

(*c h*) Fustel de Coulanges. *La Monarchie Franque*, chap. XVI, pag. 630 et 638.

(*c i*) Suetonio. *Octavio Augusto*, XXXV.

El año de 418 de nuestra era, Honorio y Teodosio el Joven dirigieron a Agrícola, prefecto de la Galia meridional, un rescripto que se conserva y por el cual disponían que anualmente se celebrara en Arles una asamblea para revisar las cuentas y tratar de asuntos de interés general. Esta asamblea debía componerse parte de funcionarios municipales, y parte de diputados elegidos *ex-professo.* Para asegurar de manera eficaz la concurrencia de todos los que estaban obligados a asistir, se les apercibió aun con multas que llegaban a tres y aun a cinco libras de oro. Pues bien, a pesar de las ventajas que los pueblos de la Galia podían reportar de esta institución y a pesar de las multas con que se apercibía a los inconcurrentes, las asambleas no cobraron vida porque las ciudades no nombraban diputados ni asistían las personas obligadas (*c j*).

Esfuerzos análogos hicieron los primeros monarcas bárbaros que se establecieron en el Imperio Romano y los resultados no fueron diferentes. Las leyes de los alemanes, de los francos ripuarios, de los francos salios, etc., etc., disponían que las asambleas locales se celebraran según la antigua costumbre y apercibían con multa a todos aquellos que convocados dejasen de concurrir sin tener impedimento legítimo. Pero era tal la repugnancia de todos por estas asambleas que preferían pagar las multas a prestar su asistencia, y llegó a suceder que para imponerlas y aprovecharlas, los condes, los vizcondes y otros funcionarios hicieron convocaciones, ciertos de que no se atendería a ellas (*c l*).

Así mismo, entre los anglo-sajones, los reyes hicieron para conservar la práctica de las asambleas grandes es-

(*c j*) Guizot. *Histoire de la Civilisation en Europe*. Deuxième leçon, pag. 46 à 48.

Tierry, *Lettres sur l'Histoire de France*, XXV, pag. 415.

(*c l*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. III, IVe leçon, pag. 292 à 297.

Según Fustel de Coulanges, las asambleas nacionales propiamente tales no se conocieron en ninguna de las monarquías bárbaras, *La Monarchie Franque*. chap. III.

fuerzos y dictaron penas contra los súbditos inconcurrentes. Pero éstos, dispersos en los territorios y ocupados en la labranza, no se cuidaban de ejercer sus derechos de soberanía.

Para no distraer continuamente de sus ocupaciones a los ciudadanos o no imponerles frecuentemente las molestias del viaje y la asistencia, Athelstane, entre los anglo-sajones, dispuso que las de condados se celebrarían solo cada tres meses, y aun así no concurrían los propietarios, que eran los obligados a la asistencia (*c m*).

Pepino, Carlomagno y sus inmediatos sucesores trataron también de restablecer la institución de las asambleas generales; pero con todos sus esfuerzos no consiguieron más que darles un esplendor efímero y no lograron comunicar a los pueblos entusiasmo ni interés por su mantenimiento.

En el Imperio germánico, los soberanos tuvieron que imponer castigos para poder reunir el número de hombres libres bastante a celebrar las dietas regionales (*Hoftage*) (*c n*).

Aun en los siglos posteriores, cuando ya los pueblos empezaban a despertar de su letargo y a reivindicar los derechos políticos, se sentían movidos por invencible repugnancia contra las asambleas legislativas. Cuando veamos, dice Thierry, que ya en el siglo XIV las principales ciudades de los Estados eran convocadas a cortes, parlamentos y asambleas generales, no atribuyamos a la burguesía de entonces el mismo gusto que a la actual por las instituciones legislativas. Dentro de la misma Inglaterra, no se recibió siempre por las ciudades y los burgos como una buena nueva el anuncio de las elecciones para el parlamento. En los siglos XIV y XV, la gente se mostraba tan poco celosa de ejercer los derechos electorales que si acaso el *sherif* resolvía conferirlos a tal o cual ciudad que no gozaba de ellos, los habitantes se querellaban contra tal resolución como contra un vejamen y hacían presentaciones al rey contra el magistrado que *maliciosamente* (era la

(*c m*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, t. I. IVe leçon, pag. 65.

(*c n*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 72, IX.

palabra empleada) intentaba obligarles a enviar diputados al parlamento.

Hacia la misma época, varias ciudades del sur de Francia, invitadas a nombrar diputados a los Estados Generales, pedían al rey de Inglaterra, que a la vez era señor de Guienne, auxilio para resistir a este apremio que el rey de Francia les había hecho, decían, con mal designio (*c ñ*).

En Dinamarca, donde la justicia era administrada por las asambleas generales de centuria o de provincia, la negligencia de los hombres libres para concurrir a ellas era tanta que la corona hubo de nombrar para suplirlos en las funciones judiciales unos jueces permanentes llamados *hombres de verdad* (*c o*).

Estos hechos envuelven una explicación que es una lección porque en forma elocuente nos enseñan que las instituciones democráticas no pueden subsistir cuando falta en los pueblos el espíritu democrático. No es el despotismo el enemigo más de temer.

Sin duda se pueden citar algunos casos históricos en que por medio de la violencia se han arrebatado al pueblo sus más preciadas conquistas políticas y jurídicas; pero regularmente no las ha perdido por despojo sino por prescripción y abandono. En la mayor parte de las veces, él ha perdido sus derechos porque ha dejado de ejercerlos, y sus más caras instituciones han perecido porque ha dejado de prestarles aquella adhesión que es para ellas como el aire de la vida. Así desaparecieron en los pueblos clásicos las asambleas generales y con ellas el derecho de sufragio.

Si hubo en lo antiguo pueblo de índole democrática, celoso en un tiempo de sus derechos, fué sin duda el de Atenas. Pues bien, en los años inmediatamente anteriores a la conquista macedónica, ya se notaba en el espíritu público de los atenienses una decadencia que si el desarrollo nor-

(*c ñ*) Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France*. XXV, pag. 413. Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*. pag. 187 et 197.

(*c o*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, pag. 316.

mal no hubiese sido perturbado por las guerras subsiguientes, sin duda les habría llevado, como les pasó más tarde a los romanos, a perder sus derechos y sus libertades en medio de la general indiferencia. Para asegurar la asistencia de los ciudadanos a los comicios públicos, se llegó a establecer la medida entonces revolucionaria de la remuneración del servicio, ofreciéndose que en cada día de asamblea se repartirían tres óbolos por cabeza. Pero en general no creyeron los ciudadanos que valiera la pena molestarse por tan modesta dieta (*c p*).

Fué en esa época cuando el incomparable y patriota orador que en el grado más alto personificaba a la vez la cultura y el patriotismo helénicos alzó su voz para enrostrarles su abstención, su indolencia, su egoísmo, su falta de espíritu cívico. «Vosotros, les decía Demóstenes, no os curáis de los asuntos de interés general sino durante las horas en que sentados en la plaza pública escucháis las noticias que os traen, y tan pronto como regresáis a vuestras habitaciones lleváis el pensamiento a otras cosas y no volvéis a acordaros de ellos» (*c q*).

Con una vida independiente más larga porque se prolongó hasta las invasiones de los bárbaros, los romanos tuvieron tiempo para perder sus derechos y olvidar sus prácticas democráticas como consecuencia de su abstención y falta de civismo. Ya en las postrimerías de la República, los ciudadanos no ejercían por lo común sus derechos si los candidatos no remuneraban liberalmente sus votos. Hasta dónde llegó el cohecho lo deja barruntar el hecho de que la elección para la prefectura endeudó a Julio César en 38.000.000 de sestercios. Esta profunda corrupción prueba que ya en aquella época los romanos ejercían los derechos cívicos atendiendo más a sus intereses particulares que a los de la República. Veamos ahora sus consecuencias.

(*c p*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VII, chap. I, § 9 et chap. III, § 3, et liv. VIII, chap. VII, § 10.
Aristóteles, *La République Athénienne*, § 61.

(*c q*) Demosthène et Eschine, *Œuvres Complètes*, t. II, pag. 223.

Bajo de la República, en Roma y en los municipios romanos (*c r*), a diferencia de las ciudades llamadas provinciales, era de costumbre que cuando no se presentaba para una elección el número necesario de candidatos, le completase o el presidente de la Asamblea o el Senado respectivo. A causa de las cargas que gravaban a los curiales, empezó a ocurrir desde los primeros tiempos del Imperio que los ciudadanos se abstuviesen de presentar sus candidaturas, y entonces, a cada elección no quedaba al pueblo más que elegir a los que el presidente o el Senado le proponían. A la larga, la elección popular, que en fuerza de las circunstancias tenía que concretarse a confirmar designaciones hechas por una u otra autoridad, se convirtió en una mera formalidad. A la vez, los ciudadanos, que en estas elecciones sin candidatos, se veían defraudados de las espectativas del cohecho, se desinteresaron del ejercicio de sus derechos políticos. Entonces, sin resistencia alguna, en medio de una indiferencia general, se transfirió el derecho electoral de manos de los pueblos a manos de los Senados, en Roma por Tiberio, y en las demás ciudades de Italia por los sucesores de Diocleciano. Después de esta reforma, jurídicamente quedaron subsistentes los comicios o asambleas populares; pero por falta de pábulo, de interés y de objeto llevaron una vida muy lánguida (*c s*).

Entonces fué cuando los envilecidos usufructuarios del nuevo régimen, del régimen que había arrasado las libertades populares, alzaron su voz para ensalzar las ventajas

---

(*c r*) Ciudades *municipales* fueron a los principios aquellas ciudades italianas a cuyos habitantes se había otorgado la ciudadanía romana sin derecho de voto. Como quiera que a estas ciudades no se podía dar el nombre de *civitates* porque la *civitas* era la ciudad-Estado, se las denominó *municipios*. Las ciudades de fuera de Italia se llamaban ciudades *provinciales*.

Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 38, 88 et 106.

(*c s*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 125, 190 à 198.

del Imperio y deplorar las humillaciones a que hubieron de someterse en los tiempos de la República los servidores de Roma. Los Cicerones y los Catones, decían, habían tenido que mendigar los votos de la plebe, que someterse a los trámites dispendiosos de las elecciones populares, que exponerse a la vergüenza de un fracaso; en tanto que ellos, los cortesanos del éxito, tenían la felicidad de vivir en un siglo y bajo de un régimen en que un príncipe justo y esclarecido distribuía los cargos, los honores y las recompensas según los méritos y virtudes de los aspirantes! (*c t*).

§ 55. Fuera de aquellas pequeñas poblaciones de Suiza, España, Austria y otros países donde a virtud de circunstancias muy especiales subsisten hasta nuestros propios días, las asambleas generales se extinguieron lánguidamente en el curso de la Edad Moderna víctimas de la indiferencia popular. Las causas sociales de su impopularidad y de su consiguiente extinción son de muy varia naturaleza.

En realidad, la práctica de las asambleas generales no tiene alicientes sino en los grados inferiores del desarrollo social. Especialmente en las sociedades sedentarias, ella supone un Estado reducido a los límites elementales de un simple municipio, una población cívica no muy numerosa que pueda agruparse en un solo local, una clase esclava que trabaje en el campo y en la industria mientras los hombres libres se ocupan en la política y en la guerra, y por último la comunidad agrícola, que precisa a los comuneros a reunirse de continuo (*c u*).

Un aumento muy considerable de la población, aun cuando el Estado se mantenga dentro de los estrechos límites de un solo municipio, torna imposible las reuniones de todos los ciudadanos en una sola plaza; y cuando para celebrarlas se tuviera en todos los Estados, según lo observa Aristóteles, una llanura tan extensa como la de Ba-

(*c t*) Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. XII, page 364.

(*c u*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, livre XII, chap. III.

bilonia, no habría medio de que valerse para que los oradores se hicieran oir de toda la asamblea y para que la deliberación fuese realmente común (*c v*).

Por otra parte, la extensión territorial de los Estados compuestos o de las tribus aliadas crea dificultades especiales que no todos pueden salvar. Unas veces los gastos, otras los peligros del viaje, otras la falta de medios de locomoción, retraen a muchos de la asistencia. A los mismos parlamentos araucanos de los tiempos de la colonia, solía faltar la masa de los hombres válidos, como lo prueba el hecho de que el número de los asistentes nunca pasó de 2000, cuando el de los combatientes solía llegar a 15.000, a 20.000 y hasta 30.000 (*c x*).

Por último, cuando la individualización de la propiedad está muy adelantada, progreso que se realiza en las ciudades antes que en los campos, se establece la insondable separación de los intereses generales y los particulares, y apegándose desde entonces cada cual a su terruño, no hay medio de conseguir que la masa de la población sacrifique su tiempo y su hacienda en aras de la cosa pública.

Hacia fines de la Edad Media, merced a las pocas libertades que las ciudades habían obtenido desde el siglo XI, el estado social de las poblaciones urbanas empezaba notoriamente a entorpecer la práctica de las asambleas generales. Se habían ya constituído naciones relativamente grandes cuyos ciudadanos se contaban a veces por millones, diseminados entre centenares de municipios; en todas las ciudades más populosas, la propiedad se había individualizado merced sin duda a la incorporación del esfuerzo personal en las construcciones; el desarrollo de las artes y las industrias había creado intereses considerables que era menester atender, y artesanos, industriales y propietarios calculaban muy bien que la frecuente asistencia a las asambleas

(*c v*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II. chap. III, § 3.

(*c x*) Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, cap. XXXIX y XL. Olivares, *Historia de Chile*, cap. XXIV.

les irrogaba perjuicios que la atención de la cosa pública no les compensaba de manera alguna.

En *Anna Karenine*, ha puesto Tolstoï un diálogo entre dos hermanos, Sergio Ivanitch y Levine, que hace ver la actual decadencia de las asambleas generales en Rusia. He aquí un extracto de dicho diálogo:

Sergio. — ¿Sabes que lo que pasa en esta comuna no tiene nombre? Tú haces mal en no asistir a las asambleas. Si los hombres de valer no toman en sus manos la administración, todo andará a la diabla. El dinero de los contribuyentes no se utiliza, pues no hay escuelas ni enfermeros, ni matronas, ni farmacias, ni nada.

Levine. — He tratado de hacer algo, pero no he conseguido nada. ¿Qué quieres que haga?

Sergio. — Te resignas muy fácilmente. ¿Cómo no pones en esto un tantico de amor propio?

Levine. — No creo yo que el amor propio tenga nada que ver en esto. Si en la Universidad se me hubiese imputado incapacidad para comprender el cálculo diferencial al igual de mis condiscípulos, habría sentido herido mi amor propio. Pero en este caso, sería necesario empezar por creer en la utilidad de las innovaciones.

Sergio. — ¿Cómo? ¿Querrías tú sostener que ellas son inútiles?

Levine. — A la verdad, yo no veo en ellas nada de útil, nada que me interese.

Sergio. — Según eso, ¿para tí es indiferente que el pueblo perezca sin socorros, que matronas groseras hagan morir a los recién nacidos y que los campesinos se pudran en la ignorancia?

Levine. — Pero es que no veo la posibilidad de...

Sergio. — ¿Cómo? ¿No ves que fiscalizando mejor el empleo de las contribuciones se podría tener un servicio médico?

Levine. — Yo no creo que se pueda establecer servicio médico en una comuna de 4000 verstas cuadradas. Por lo demás, no tengo absolutamente fe en la medicina.

Sergio. — Eres injusto; pero ¿y las escuelas?

Levine. — ¿Para qué sirve fundarlas?

Sergio. —¿Cómo para qué sirven las escuelas? Irías a negar también las ventajas de la instrucción? Y si la encuentras buena para tí ¿la rehusarás a los demás?

Levine. — Todo eso puede ser muy verdadero; pero ¿quién me manda a mí molestarme para establecer un servicio médico que yo no utilizaré jamás, escuelas donde yo no educaré mis hijos, a donde los labriegos no quieren enviar los suyos y a donde no sé que sea bueno enviarlos?

Sergio. — ¿Acaso el campesino que sabe leer no te sirve mejor que el que lo ignora?

Levine. — Eso no, de ninguna manera. Interroga a quien quieras y todos te responderán « que el campesino que sabe leer vale menos como peón, porque se niega a ocuparse en la reparación de los caminos y si se le emplea en la construcción de un puente, lo primero que hace es robarse las tablas ».

Este admirable cuadro, pintado al natural, nos hace ver lo que sin duda pasaba en los países occidentales de Europa hacia principios del siglo XV, cuando se hizo sentir la decadencia de las asambleas generales. Como personificación de la poltronería y el egoísmo, Levine representa a la masa de los dueños de heredades, los cuales por efecto de la individualización de la propiedad, se desinteresan de las asambleas generales.

Ahora estudiemos los efectos inmediatos de aquel egoísta retraimiento de parte de los pueblos.

En las Provincias Unidas, donde a los principios se gobernaba a sí mismo el pueblo de cada ciudad, dejaron de asistir a las asambleas públicas los más de los burgueses, y a virtud de este general retraimiento, no se pudo contar para celebrarlas sino con la fracción diminuta de los ricos, por manera que sin protesta alguna, se formó en cada ciudad una oligarquía municipal que excluyó del gobierno local a la masa de la población. Mas, a partir desde el siglo XV, dice Laveleye, estos mismos notables empezaron a encontrar pesada la carga del gobierno y a pedir como una gracia el que se les permitiera hacerse *representar* en las reuniones por medio de delegados. Como quiera que

el derecho tradicional imponía la comparecencia personal, los príncipes soberanos de la casa de Borgoña opusieron larga resistencia a la innovación, y no cedieron sino bajo la presión incontrastable de la opinión pública. El municipio donde primero se estableció el régimen representativo fué el de Harlem hacia 1428; y en el siglo XVI, todas las poblaciones de las Provincias Unidas habían adoptado el mismo régimen. Desde entonces, aun cuando las asambleas generales nunca fueron expresamente suprimidas, el gobierno local quedó exclusivamente en manos de una corporación de burgueses llamada *vroedschap*, que a los principios se había formado para representar a la oligarquía dominante, pero que a la larga, reclutándose a sí misma, quedó actuando por derecho propio y sin sujetarse a instrucciones extrañas (e.y).

Una evolución análoga se operó en Francia, y merced a la erudita labor de Henry Babeau, podemos seguir paso a paso la paulatina substitución de las asambleas generales por las asambleas representativas.

Según lo hemos acreditado más arriba, a los principios de la Edad Media el pueblo de cada ciudad se gobernaba y administraba a sí mismo acordando en asambleas generales lo que se debía hacer. Pero hacia el siglo XV, se empezó a sentir la necesidad de modificar este régimen porque a los burgueses que vivían consagrados a su trabajo les perjudicaba y les molestaba la frecuencia de las reuniones. A semejanza de lo que hacia la misma época pasaba en las ciudades de los Países Bajos, las de Francia solicitaron también con singular uniformidad que se las descargase de tan pesadas tareas administrativas, estableciéndose cabildos que asumiesen una parte de las funciones públicas. De buenas o malas ganas, la reyecía hubo de ceder a estas exigencias y en pocos años el régimen representativo para la administración y el gobierno municipales, se generalizó por toda la monarquía (e z).

(e.y) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Democratie*, t. II, page 402.

(e z) H. Babeau, *Les Assamblees generales*, pag. 224 et 251.

Durante tres siglos, las asambleas generales conservaron la prerrogativa de formar el personal de los cabildos o *corps de ville,* por manera que los regidores, o municipales, o cabildantes, tenían origen electivo. En 1692 se modificó radicalmente este régimen porque con el doble propósito de aumentar las prerrogativas y las entradas de la corona, Luis XIV asumió la facultad de proveer estos cargos confiándolos al mejor postor.

Entre tanto, seguían subsistentes, a lo menos jurídicamente, las asambleas generales porque no fueron suprimidas cuando se instituyeron los cabildos (*d a*). Pero en toda la monarquía habían venido a menos, suplantadas en muchas de sus funciones ora por los cuerpos representativos, ora por la administración real.

Especialmente en las grandes ciudades, los habitantes se mostraban cada día más reacios contra la práctica de reunirse en masa para tratar de asuntos de interés público. Hacia fines del siglo XVIII, las asambleas ni se reunían con la frecuencia necesaria ni conservaban el carácter de generales. Cuando la revolución estalló, no asistían a ellas más que los *notables* de cada ciudad, y la masa del pueblo estaba excluída porque había dejado prescribir su derecho (*d b*).

En los burgos, en los caseríos, en las aldeas, en los villorrios, donde son más fáciles las reuniones generales y donde la actividad industrial es menor, las asambleas subsistieron con mayor vitalidad; pero la porción más cuerda de los habitantes las miraba con sumo disfavor. En un burgo de la Champagne, se lamentaba hacia el año 1612 la frecuencia de las asambleas que no servían, se decía, más que para divertir al pueblo y « en las que no se pesaban las razones de los más notables y sensatos sino que se contaban los votos de una muchedumbre confusa y desorde-

(*d a*) H. Babeau, *Les Assamblées générales*, pag. 221.

(*d b*) Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, pag. 91 et 95.

nada». Para remediar estos inconvenientes, se pedía el establecimiento de un cabildo compuesto de 15 miembros electivos.

«El intendente de Borgoña informaba en 1784 que muchas ciudades de su jurisdicción habían representado los inconvenientes que se derivaban de la práctica de congregar a todos los habitantes para deliberar sobre asuntos de mínima importancia. Estas asambleas, donde todos tienen asiento, no pueden ser otra cosa que fuentes de desórdenes. A solicitud de algunas poblaciones, se ha reemplazado la asamblea general por algunos ciudadanos principales tomados de cada clase en número fijo.

«Así mismo, en el reglamento de la comunidad de Arrens, en Bigorre, leemos: La experiencia, dicen los habitantes, nos enseña que los negocios no se pueden tratar y decidir sino muy difícilmente en asambleas generales numerosas, porque en las más hay díscolos y a menudo su funcionamiento es perturbado por los que nada tienen que perder.

«En todos estos motivos se fundaron los intendentes para suprimir o restringir las asambleas. En Lourdes, una ordenanza de 1761 las suprimió porque eran o tumultuosas o poco ilustradas para conocer los verdaderos intereses de la comunidad. En 1776 y en 1777 el intendente de Champagne expidió una ordenanza que si bien mantenía la obligación de convocarlas en ciertos casos excepcionales, transfería a un cuerpo electivo de notables la administración de los intereses municipales. Medidas análogas se dictaron en casi todas las provincias durante la segunda mitad del siglo XVIII» (*de*).

En fuerza de causas análogas, igual evolución vemos operarse en España. Entre los siglos XI y XIV, según Martínez Marina, «las vecindades o cabezas de familia reunidas en cabildo o ayuntamiento representaban toda la población». Pero desde el mismo siglo XIV, se empezó a cambiar este régimen haciéndose en él entre otras reformas:

(*de*) H. Babeau, *Les Assemblées generales*, pag. 251 à 254.

1º la de reducirse « la representación de cada Concejo a un determinado número de personas, conocidas desde entonces hasta ahora con los nombres de *regidores, jurados, veinticuatros,* y otros »; y 2º la de proveer estos oficios por elección de los mismos ayuntamientos o asambleas generales, confirmada por la corona, lo cual quedó sancionado por real cédula de 1435 (*d e*).

Bovadilla, que dió a luz su famosa obra en 1619, esto es, cuando se acababa de cumplir esta evolución, dice que sin duda la supremacía residía en la congregación y universidad de todo el pueblo (que se llama *Concejo Abierto),* pero que ahora « por costumbre reside en los ayuntamientos y Concejos, los cuales solos pueden todo lo que el pueblo junto » (*d f*).

Y por último, Santayana y Bustillos atestiguaba de *visu* hacia 1742 que los cabildos abiertos, o sea las asambleas de todos los vecinos, presididas por los alcaldes y regidores, « rara o ninguna vez se celebraban en las ciudades populosas », porque en ellas « generalmente todo cuanto conduce al gobierno de la república está hoy al cuidado de los ayuntamientos que se celebran por los regidores » (*d g*).

Síntoma no dudoso de la decadencia de las asambleas ge-

(*d e*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes,* t. I, cap. XI, § 3, 4 y 7.

Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español,* pág. 68.

La voz *cabildo,* así como *cabo,* así como *capital* y otras, viene de *caput,* cabeza. Cabildo es la corporación que hace de cabeza en la ciudad.

Concejo viene de *concilium,* concilio, reunión, y no se debe confundir con *Consejo,* que viene de *consilium,* dictamen o parecer que se da a una persona para que ajuste a él su conducta. Es singular que las dos palabras, de significados tan diferentes, tomaran la letra *j* al pasar al castellano.

Agregaremos que si los vocales de los consejos se llaman consejeros, los de los concejos se llaman *concejales* o miembros *conciliares.* Es errado llamar miembro conciliar al vocal del Consejo de Instrucción Pública.

(*d f*) Bovadilla, *Política para Corregidores,* t. II, lib. III, cap. VIII, pág. 146.

(*d g*) Santayana y Bustillos, *Gobierno político de los Pueblos de España,* págs. 26 y 27.

Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español,* pág. 65.

nerales es la práctica, aparentemente anodina, de elegir funcionarios que hagan sus veces durante los interregnos de sesión a sesión. Mientras ellas conservan su primitiva vitalidad, nunca confían a nadie ni su representación, ni sus poderes, y siempre que lo juzgan necesario, multiplican sus reuniones para atender por sí mismas las necesidades locales. Mas, cuando por efecto de las causas sociales que hemos enunciado, se hacen más difíciles las reuniones frecuentes, no queda a la asamblea otro camino, para no interrumpir la continuidad de su gobierno, que el de elegir mandatarios que la suplan.

Tenemos un caso típico en la colonia inglesa de Rochester-Town. Ocupados los colonos en sus faenas agrícolas y dispersos en el campo, no podían celebrar asamblea con la frecuencia que las necesidades del gobierno local requerían, y para no perjudicarse gravemente en sus intereses particulares, habían acordado no reunirse más de una vez por mes. Pero como entonces notaran que andaban mal el gobierno y la administración de la colonia, acordaron: 1º que en lo sucesivo, cuando se juzgase necesario celebrar asamblea, los vecinos serían convocados al son de un tambor para que se reunieran en la iglesia; 2º que los reglamentos y ordenanzas que allí se dictaran serían obligatorios para todos; y 3º que en cada reunión mensual se eligirían doce hombres buenos que se encargarían del gobierno local durante el receso de la asamblea. Estos hombres buenos, concluye Laveleye, formaron más tarde el concejo municipal (*d h*).

En el curso de la Edad Moderna, el entronizamiento de las monarquías absolutas fué fatal para los cabildos, porque en cada nación la corona se arrogó la facultad de nombrar al presidente (el *maire* en Francia, el corregidor en España) y aun a los mismos regidores, los despojó de su antigua jurisdicción y autoridad y los convirtió en simples cuerpos consultivos.

(*d h*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. I, liv. II, chap. XI, pag. 92.

Consumada en España esta evolución a principios del siglo XVI, cuando Carlos I hubo sojuzgado a los comunes de Castilla, un autor clásico y erudito podía enseñar sin contradicción en 1619 que «el ayuntamiento y Senado de una República... solo es para dar su parecer a los que tienen la suprema autoridad» y no inviste poder alguno, ni está armado de facultades de mando, ni puede ejecutar sus pareceres y deliberaciones sino que se ha de referir en esto a los corregidores; y lo contrario no lo deben consentir las justicias porque es en perjuicio y diminución y caída de la majestad». Funda esta doctrina Bovadilla en que regularmente el cabildo carece de jurisdicción criminal «porque no tiene mero y mixto imperio por havelle el Pueblo Romano trasferido en el Príncipe y en sus Ministros» (*d i*).

§ 56. A virtud de reales cédulas expedidas por los Reyes Católicos, los descubridores de América habían sido autorizados para dividir cada provincia descubierta en distritos y en alcaldías, para fundar poblaciones urbanas, para nombrar corregidores que gobernasen los distritos, y alcaldes mayores que gobernasen las alcaldías, y en fin, para nombrar el personal de alcaldes, regidores y oficiales que constituyese el cabildo de cada ciudad. Por vía de complemento de estas disposiciones, Carlos I ordenó por real cédula fecha el 26 de Junio de 1523, que los vecinos de cada ciudad eligiesen los regidores de su cabildo cuando esta designación no correspondiese a los descubridores (*d j*).

En ejercicio de su privilegio de descubridor, Pedro de Valdivia formó el 7 de Marzo de 1541 el cabildo de la novísima ciudad de Santiago de Chile nombrando dos alcaldes, seis regidores, un mayordomo y un procurador. El Cabildo, así compuesto, que fué el primero que hubo en Chile, se instaló el día 11 del mismo mes y año.

(*d i*) Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. II, lib. III, cap. VIII, pág. 172.

(*d j*) *Recopilación de Indias*, lib. IV, tít. III, l. 8, 10, 16, tít. V, l. 11 y tít. X, ley 3.

A los principios de la colonia, el Cabildo se renovaba anualmente por *cooptación* (*d l*); pero muy pronto se empezó a modificar este sistema de provisión de los cargos concejiles. No habían transcurrido siete años completos cuando ya el virrey del Perú disponía por cédula de 1548 que en lo sucesivo los oficiales reales, esto es, el tesorero, el contador y el veedor de hacienda, entrasen al cabildo como regidores perpetuos con voz y voto. Algunos años más tarde (1591), Felipe II disponía así mismo que en toda ciudad, villa o lugar, el alférez real formase parte integrante del cabildo respectivo con voz, voto y salario duplicado y en calidad de regidor más antiguo. De vez en cuando, además, la corona o el gobernador de Chile nombraba con carácter de regidor perpetuo a tal o cual súbdito a quien se quería honrar (*d m*).

Esta misma organización fué modificada más tarde. Presumiblemente bajo el reinado de Felipe III, cuando más se extendió la venalidad de los oficios y de los cargos concejiles como medio de aumentar las rentas fiscales, la corona se arrogó la provisión en remate público de diez de las varas de regidores perpetuos y no dejó sino dos de carácter amovible para que se proveyeran anualmente por cooptación entre los vecinos principales de la ciudad.

Habíase fijado en 2000 pesos o sea en 400 libras esterlinas el precio mínimo para empezar las pujas; cantidad

(*d l*) No hemos encontrado real cédula alguna que autorizase a los cabildos de las Indias o solo al de Santiago de Chile para integrarse a sí mismos. Pero que se seguía el procedimiento de cooptación no es dudoso puesto que consta en actas de unas sesiones celebradas con tal propósito y transcriptas por Amunátegui. *El Cabildo de Santiago*, t. I, cap. I, pág. 7, t. II, cap. XI, y t. III, cap. XI.

(*d m*) Amunátegui, *El Cabildo de Santiago*, t. I, cap. I, III y XIV, t. II, cap. III y XI, y t. III, cap. VIII y XV.

Recopilación de las Leyes de Indias, lib. IV, tít. X, l. 4.

Una real cédula fecha en 1568 y renovada en 1610 dispuso que para lo sucesivo los cabildos de las ciudades principales de las Indias se compusieran de doce regidores, y los de las demás poblaciones, de solo seis. *Recopilación de Indias*, loc. cit., ley I.

exorbitante no solo porque el cargo de regidor no procuraba provechos apreciables sino también porque la pobreza general del vecindario no daba para tanto. En muchas ocasiones no hubo postores que se interesasen por obtener las varas, y el Cabildo solía pasar años y años con su *quorum* incompleto. Para remediar aquellos males que trascendían a la administración de la ciudad, el presidente Amat dió el carácter de perpetuos y de venales a todos los cargos de regidores y rebajó a solo 300 pesos, o sean 60 libras esterlinas el mínimum de las posturas. Mediante estas disposiciones, dice Barros Arana, el Cabildo de Santiago funcionó desde principios de 1758 con el número completo de sus miembros (*d n*).

Empero, no duró mucho la vida activa del Cabildo. Precisado a recabar la aprobación de autoridades superiores para todas las medidas de carácter general que acordaba, su falta de autonomía le tenía condenado a vegetar. Según Amunátegui, hacia los fines de la Colonia se encontraban vacantes dos varas de regidores porque habiendo sido ofrecidas en remate al mejor postor, no se habían presentado interesados. En cuanto a los regidores en ejercicio, o no asistían absolutamente a las sesiones o asistían muy de vez en cuando, faltos de interés y de estímulo en la tarea de servir a la ciudad (*d ñ*).

Gobernaba por entonces el reino de Chile el brigadier don Francisco García Carrasco, quien para tener un apoyo en sus conflictos con la real Audiencia, nombró por sí y ante sí doce regidores auxiliares de entre los vecinos principales de la ciudad.

El Cabildo así reconstituído tomó parte activa en los primeros movimientos de la Independencia, y entre los corifeos principales de la causa de la patria figuraron precisamente algunos de los regidores auxiliares que con fines muy diversos había nombrado García Carrasco.

(*d n*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. VI, pág. 203.

(*d ñ*) Amunátegui, *Crónica de 1810*, t. I, pág. 175.

En fecha 23 de Septiembre de 1811, el Congreso Nacional ofició al Cabildo para que con eliminación de la subasta, propusiera un medio de completar su número, y habiendo propuesto la corporación el nombramiento de algunos suplentes y las personas que se podían nombrar, la legislatura aceptó el arbitrio y los nombres.

Mantúvose este régimen hasta el 27 de Julio de 1826, fecha de una ley que dispuso para lo sucesivo la elección popular de los cabildos.

Con posterioridad han regido la administración municipal de Chile tres leyes orgánicas: la del 8 de Noviembre de 1854, la del 12 de Septiembre de 1887 y la del 22 de Diciembre de 1891.

En la última, que es la vigente, se singularizó el legislador chileno estableciendo como un progreso inapreciable de nuestro régimen municipal la institución primitiva de las asambleas generales!

§ 57. En la mayor parte de los Estados antiguos de Grecia, de Italia, de las Galias y de otros países, funcionaron al lado de las asambleas generales unas instituciones que no obstante sus diferentes organizaciones, se asemejaron al Senado romano en cuanto se compusieron de elementos seniles y aristocráticos.

Sus orígenes sociales no han sido bien determinados. Mommsen opina que los Senados de los Estados italianos se instituyeron a imitación y semejanza del romano (*do*); pero esta explicación, que carece de carácter científico porque no da la causa social, nos deja a obscuras sobre los orígenes de aquellos Senados, los de Grecia, los de Galia, etc., que aparecen florecientes hacia una época en que los Estados helénicos, célticos, etc., no estaban todavía sometidos a la influencia de Roma (*dp*).

(*do*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. II, liv. II, chap. V, pag. 6, et t. V, liv. IV, chap. X, pag. 196.

(*dp*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. VI, chap. VI, pag. 278.

Según Dionisio de Halicarnaso, el Senado romano se habría instituido a imitación de los Consejos de ancianos que había en Grecia. Después

De todos aquellos Senados, el que desempeñó papel más importante en la historia antigua fué sin duda el de Roma; y sea que sirviese o no de modelo a los que se organizaron o reorganizaron cuando ya su fama había llegado a luengas tierras, el estudio de sus orígenes nos dará nociones más o menos positivas acerca de los orígenes de todas las instituciones análogas.

Por de contado, no aludimos a los orígenes históricos que sobre carecer de importancia para nuestro estudio, han de haber sido diferentes de uno a otro Estado; aludimos a las causas sociales, que han de haber sido generales para que la misma institución apareciera en Estados tan diferentes.

Según las tradiciones, el Senado romano habría sido fundado por Rómulo, cuya existencia personal es muy dudosa; y se habría compuesto a los principios de 100 patricios, designados de entre los jefes de las *gentes*. Las mismas tradiciones referían que posteriormente, con motivo de haberse operado la fusión de tres tribus para formar el pueblo romano, el número de senadores se habría triplicado a fin de poder asignar a cada una el número primitivo de 100. Mucho más tarde, o sea el año 666 de Roma, con motivo de haberse confiado al Senado ciertas funciones judiciales, se creyó indispensable elevar a 600 el número de senadores; pero este número no se mantuvo nunca fijo ora porque de hecho disminuía con las muertes y proscripciones, ora porque de derecho se aumentaba con

---

de referir que Rómulo eligió 100 patricios para que le asesorasen en el gobierno, agrega: «El Consejo de estos 100 patricios se llamaría en griego *Gerusia*, es decir, *Consejo de ancianos* o *Senado*, que es el nombre que los romanos le han dado siempre. Pero no podría yo decir si esta institución fué así llamada porque se compusiera de hombres de edad avanzada o en razón de sus virtudes, pues los antiguos llamaban *Gerontes*, es decir, ancianos, tanto a las personas de edad como a las de mérito... Esta práctica, a semejanza de muchas otras, venía de los griegos, pues allí todos los reyes... tenían un Consejo compuesto de próceres». Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chap. V, pag. 26 et 27.

los asientos que se reservaban para los funcionarios superiores (consules, pretores, cuestores, etc.), que cesaban en el desempeño de sus cargos y que a los fines de la República eran elegidos tanto de entre los patricios como de entre los plebeyos (*dq*).

En sentir de Mommsen, es presumible que el Senado primitivo fuese una mera representación de las familias y que se compusiera de miembros elegidos por ellas mismas sin intervención del Estado. Si así hubiese ocurrido, el Senado romano habría tenido el carácter de institución social espontánea antes de adquirir el de institución política; pero ni la historia ni las tradiciones alcanzan a la época en que según la presunción de Mommsen, el Senado se integraba independientemente del Estado. A contar desde los siglos meramente tradicionales de la monarquía, los senadores fueron siempre vitalicios, nunca hereditarios, y se nombraban a los principios por el rey, en seguida por los cónsules, después por los censores, más tarde por los mismos censores e indirectamente por los comicios, y finalmente por el Senado (*dr*).

¿Cómo, pues, se formó originariamente el Senado? Ya que ni la historia ni las tradiciones remontan hasta los orígenes de esta institución, procuremos encontrarlos en la etnografía.

Cuando entre los araucanos se celebraban juntas generales para declarar la guerra, luego se apartaban los caciques, dice Góngora Marmolejo, y sin dejar que se acercase

(*dq*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VII, pag. 12 a 22.

El ingreso de los plebeyos en el Senado por la puerta de las magistraturas electivas les hizo poco menos que dueños de este cuerpo. En la lista reconstituída de los senadores que habia el año 55 antes de nuestra Era, aparecen 372 plebeyos y solo 43 patricios. Entre unos y otros se contaban 7 ex-censores, 29 ex-cónsules, 120 ex-pretores, 7 ex-ediles, 53 ex-tribunos y 199 ex-cuestores. Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, liv. VIII, chap. VI, pag. 20.

Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, chap. V, XI et XX.

(*dr*) Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VII, pag. 23 à 38.

indio alguno que no fuese de los principales para que no se conociera su secreto, acordaban lo que se había de hacer (*d s*).

Así mismo, entre los chiriguanos de Bolivia, «el gran cacique llama a parlamento y consulta a todos los caciques» en los casos de guerra; y durante la paz el jefe de cada tribu «no es solo en la administración» porque siempre actúa asesorado por consejeros que elige libremente (*d t*).

Según Oviedo, los indígenas de la antigua Nicaragua «no se gobernaban por caciques e único señor» sino a manera de comunidades, por cierto número de viejos elegidos popularmente; y los de Castilla del Oro acostumbraban, al comenzar sus guerras o al acometer cualquiera empresa importante, asesorarse de aquellos hombres a quienes más veneraban (*d u*).

Dumont D'Urville atestigua que en Viti, donde el rey gobernaba con autoridad omnímoda, cuando tenía que tomar resoluciones de carácter grave, se asesoraba de los principales jefes y guerreros (*d v*); y Wilson observó también en las islas de Palaos (1783) que cuando el rey tenía que resolver asuntos importantes, no obstante su autoridad absoluta, congregaba en la plaza pública a los jefes y oficiales superiores del Estado para que deliberasen y le presentasen su dictamen (*d x*).

Algo análogo observó Stanley en Bammbineh, cerca del lago Victoria, porque habiendo sido asaltado por los indígenas y ofrecídoles algunos cachivaches y fruslerías para que le dejasen en paz, el rey rechazó con su bastón a la muchedumbre, llamó a su lado a media docena de ancia-

---

(*d s*) Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, cap. XLVI.

(*d t*) Nino, *Etnografía Chiriguana*, cap. V, págs. 161 y 165.

(*d u*) Oviedo, *Historia general y natural de las Indias*, t. III, lib. XXIX. cap. XXVI, pág. 127, y t. IV, lib. XLII, cap. I, pág. 36.

(*d v*) Dumont D'Urville, *Voyage au Pole Sud*, t. IV, pag. 247.

(*d x*) Wilson, *Rélation des Isles Pelew*, pag. 297.

nos, y se apartó con ellos a celebrar consejo para resolver lo más conveniente (*d y*).

De estos hechos se infiere que no obstante las asambleas generales, los Senados, o sea los Consejos compuestos de hombres de edad madura, nacen espontáneamente en las sociedades bárbaras y tienen su origen en la práctica de pedir dictamen reservado a los jefes, caciques y patriarcas (*d z*). Aun cuando estos Consejos tengan por lo común competencia para deliberar sobre todo asunto importante, es de presumir que a los principios no se los celebre más que para tratar de la paz y de la guerra, y que la primera necesidad que les dé vida sea la de substraer de la publicidad aquellas resoluciones cuyo éxito depende en gran parte de la reserva. Si prescindimos del mítico Rómulo, a quien se atribuía por las tradiciones la fundación del Senado, no hay inconveniente alguno para admitir que el famoso Consejo de Roma tuvo primitivamente estos orígenes.

En un pueblo belicoso, que habiendo nacido rodeado de vecinos hostiles se veía precisado de continuo a deliberar sobre la paz y la guerra, se debió sentir desde temprano los inconvenientes de las deliberaciones públicas y la necesidad de dejar la última palabra, en forma de simple dictamen para no atropellar ni la soberanía del pueblo ni la autoridad de los jefes, a un consejo áulico cuyas determinaciones se pudieran mantener en reserva.

Todo esto es muy presumible como que está fundado en datos positivos de la etnografía universal; pero en la constitución y funcionamiento del Senado romano hay dos puntos que complican sobre modo el problema, cuales son: 1º el número redondo de sus miembros; y 2º el carácter legislativo de sus resoluciones.

A semejanza de las asambleas generales, los Consejos primitivos de origen espontáneo constan de un número inde-

(*d y*) Stanley. *Le Continent Mysterieux*, t. I, pag. 297.

(*d z*) Sumner Maine. *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. I, pag. 39.

finido de miembros. Si a las reuniones públicas tienen derecho de asistir todos los hombres válidos, a las de consejeros tienen derecho de asistir o bien todos los que son convocados, o bien todos los que han llegado a cierta edad o a ciertas jefaturas. El número fijo y redondo de 300 senadores con que el Senado romano llegó a los tiempos históricos, es claro indicio de que al empezar la historia, el Estado había ya intervenido en la organización de este cuerpo. Cómo, por cuáles motivos y en cuáles circunstancias, son preguntas cuyas contestaciones podemos acaso encontrar en la tradición romana si la estudiamos a la luz de la etnografía universal.

Sabemos que entre los germanos, se celebraban regularmente asambleas generales, pero que cuando se reunían varias tribus, no pudiendo concurrir todos los hombres libres, las deliberaciones se tenían entre los solos jefes (*e a*). Sabemos que entre los aztecas, las asambleas de las *gentes* (*calpullis*) eran generales, pero que las de las tribus se componían exclusivamente de mandatarios designados por cada *calpulli* (*e b*). Sabemos que entre los iroqueses, cada *gens* celebraba asambleas generales, pero que la confederación de tribus formada en el siglo XV era dirigida por un consejo federal compuesto de 50 *saquem* o caciques elegidos por sus respectivas parcialidades. Costa observa que cuando las tribus celtíberas se sintieron amenazadas por la invasión romana, se vieron precisadas a confederarse para oponerla alguna resistencia; y la federación (continúa) trajo como obligada consecuencia, entre otras instituciones especiales, una asamblea federal (*e c*).

Estos hechos manifiestan que cuando por efecto de confederaciones o uniones de tribus, tiene la población un in-

---

(*e a*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 80.

(*e b*) Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 314.

(*e c*) Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 252.

Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, cap. III, págs. 156 y 158.

Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. III, pág. 213.

cremento repentino y considerable, incontinenti se hace sentir la necesidad de un cuerpo permanente de consejeros que en representación de las agrupaciones asociadas asesore y fiscalice al jefe común; y en estados sociales atrasados, donde todavía no ha echado raíces el régimen electoral, espontáneamente se deja la función de representantes en manos de los hombres más venerados y prestigiosos, cuales son los jefes de reducciones o parcialidades, los caciques y los patriarcas.

Fórmase entonces una altísima magistratura semejante a un Consejo de Estado que funciona sin perjuicio de las asambleas generales, que interviene en la deliberación de todo asunto importante y que a pesar de su carácter meramente consultivo, impone sus dictámenes y ejerce una preeminencia incontrastable porque representa entidades que antes fueron independientes y porque está especialmente encargada de mantener las condiciones del pacto de unión (*e ch*).

Así mismo se infiere de estos hechos que tan pronto como se cierran para la generalidad las puertas de estas corporaciones, se propende a limitar el número de sus miembros con el propósito de mantener la igualdad entre las agrupaciones aliadas, impidiendo que las mayores tengan en el Senado mayor representación e influencia. Este propósito aparece muy manifiesto en la historia política de Atenas: cuando Solón dividió la población en cuatro tribus, asignó 100 senadores a cada una, por manera que el Senado se compuso de 400; y cuando Clístenes la dividió en diez tribus, asignó 50 senadores a cada una y el Senado quedó compuesto de 500 (*e d*).

Pues bien, según las tradiciones del Tíber, en Roma se estableció una organización constitucional muy semejante

---

(*e ch*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. I, pag. 39 et 40.

Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 253.

(*e d*) Aristóteles, *La République Athénienne*, § 8 et 21.

por obra de causas análogas. Habiéndose formado el pueblo romano por la confederación de tres agrupaciones o tribus, se adoptó como base de igualdad el principio constitucional del reparto, por tercios, de todas las cargas y beneficios del Estado. Para este efecto, todas las corporaciones se compusieron, como ya lo hemos observado (§ 21), de un número de miembros divisible por tres. Entre ellas, el Consejo de los ancianos se compuso de 300 miembros, 100 por cada tribu.

Compuesto a los principios exclusivamente de patricios, su composición aristocrática deja presumir que el Senado romano nació antes de que los plebeyos, mercaderes inmigrantes venidos de fuera, fuesen jurídicamente incorporados en el Estado, esto es, cuando la población cívica de Roma no contaba más que aquella porción que más tarde constituyó la clase aristocrática.

A nuestro juicio, todas estas inducciones están bien fundadas en los hechos que más arriba hemos enunciado; pero a la vez todas ellas suponen que el Senado romano fué un cuerpo meramente consultivo cuando en las historias más conocidas aparece que dictaba unas leyes llamadas *senadoconsultos* de carácter tan obligatorio como las que dictaba la plebe bajo el nombre de *plebiscitos* (*e e*).

La verdad es, sin embargo, que originariamente no tuvo el Senado la facultad de legislar. Según se infiere de la raíz de la palabra, el Senado, de *senex,* anciano, fué a los principios un cuerpo compuesto exclusivamente de hombres de edad madura, esto es, de hombres de consejo; y el nombre de sus acuerdos y resoluciones, *senadoconsultos,* deja entender de manera muy clara que hacia la misma época, se concretaba a expedir dictámenes y pareceres sin carácter obligatorio. Las *Institutas* de Justiniano conservaron el recuerdo de una época en que, según las tradiciones, no ejercía todavía facultades legislativas el Sena-

(*e e*) Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines,* t. VI, liv. XI, chap. VIII, pag. 321.

do (*e f*); y Mommsen nos enseña: 1º que tanto en los tiempos de la monarquía como en los de la República, la competencia de aquel cuerpo se reducía a dar dictamen sobre las resoluciones de los comicios y sobre ciertos decretos de los magistrados; y 2º que esta misma competencia no podía él ejercerla por su propia iniciativa, sino a instancia o del pueblo o de un magistrado. Por consiguiente, el Senado romano fué también a los principios un simple consejo de patriarcas, y más que a un cuerpo legislativo se asemejaba a un Consejo de Estado (*e g*).

Hay un hecho jurídico de la mayor importancia cuyo significado histórico ha pasado inadvertido y que a nuestro juicio acaba de comprobar el carácter meramente consultivo del antiguo Senado romano, es a saber, que sus acuerdos y resoluciones no entraban en vigor como no fuesen aprobados por el jefe del Estado.

Para nosotros, que hemos nacido bajo un régimen análogo, el trámite previo de la sanción no implica en manera alguna que los cuerpos legislativos carezcan de carácter legislativo. Pero a todas luces, esta práctica no ha podido establecerse sino a la larga, cuando la autocracia ha empezado a disputarles y a compartir con ellos la facultad de legislar. A los principios, cuando la legislatura es una asamblea general que se confunde con el pueblo entero, dicha facultad se ejerce sin cortapisa alguna y los acuerdos legislativos cobran vigor sin necesidad de que sean sancionados por ninguna magistratura. Las resoluciones de la asamblea general de Atenas y los plebiscitos de los comicios romanos no necesitaban de sanción para ejecutarse y cumplirse (*e h*). Por consiguiente, si los acuerdos del Senado romano no adquirían carácter obligatorio sino cuando el magistrado los aprobaba, es sin duda porque jurídicamente se les tenía por simples dictámenes.

(*e f*) *Institutas*, liv. I, tit. II, § 5.

(*e g*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VII, pag. 219 à 233.

(*e h*) Mispoulet, *Etudes d'Institutions Romaines*, pag. 67.

Sugestionados por las actuales organizaciones políticas de los principales Estados, algunos romanistas han sostenido que la constitución política de Roma estuvo fundada en el sistema de la bifurcación parlamentaria, como lo prueba, según ellos, el hecho de que el cónsul o su reemplazante jamás propusiese una ley a los comicios por centurias sin recabar previamente la aprobación del Senado.

Pero según lo observa Mispoulet, este hecho no prueba en manera alguna que el Senado desempeñase las funciones legislativas. No se requería la intervención del Senado para que prestase su aprobación como cámara legislativa sino para que diese su dictamen como Consejo de Estado; no constituía este cuerpo un poder que contrabalancease el poder de los comicios, sino una magistratura que asesoraba a los cónsules; y muchas leyes se dictaron sin que ningún senadoconsulto las autorizara o las sancionara (*e i*).

La manera como aquel cuerpo consultivo asumió en las postrimerías de la República las facultades de Poder Legislativo es un punto interesante de la historia política de Roma y su dilucidación envuelve una grande enseñanza para las democracias. Según las *Institutas,* cuando los ciudadanos se hubieron multiplicado tanto que se hizo difícil la frecuente reunión de los comicios para legislar, pareció conveniente transferir al Senado las facultades legislativas con el fin de que reemplazara al pueblo romano, que manifestaba no tener interés en ejercerlas (*e j*); y Mommsen observa que si los simples dictámenes, los senadoconsultos, se transformaron a la larga en leyes, fué por efecto de la práctica que invariablemente se siguió durante varios siglos de aprobarlos, sancionarlos y cumplirlos (*e k*).

(*e i*) Mispoulet, *Études d'Institutions Romaines,* pag. 65 et 141.

(*e j*) *Institutas,* liv. I, tit. II, § 5.

(*e k*) Mommsen, *Droit Public Romain,* t. VII, pag. 219 à 233, et 456 à 469.

Si en los Estados de derecho escrito, no se comprende bien esta transformación, es porque en ellos no prevalece por lo común la práctica contra las leyes que establecen taxativamente la competencia de las instituciones. Pero en aquellos Estados, como la República romana, donde predomina el derecho consuetudinario, los usos, prácticas y costumbres pueden por sí solos crear instituciones, modificarlas, ampliar o restringir su competencia, aumentar o amenguar sus facultades. No es, por consiguiente, de extrañar que los senadoconsultos adquiriesen carácter obligatorio porque después de haber sido acatados durante varios siglos, ya ningún magistrado y ningún ciudadano osó infringirlos.

A nuestro juicio, ambas explicaciones, la de las *Institutas* y la de Mommsen, parecen ser igualmente verdaderas; ambas se completan, y ambas ponen de manifiesto la decadencia de los comicios.

§ 58. Cuando de los magníficos y colosales escombros del Imperio Romano se levantaron los toscos edificios de las monarquías bárbaras, por obra de generación espontánea aparecieron en ellas unas asambleas deliberantes que la Antigüedad no conoció y que en los siglos medios prestaron sin duda algunos servicios a la unificación de los nuevos Estados y al robustecimiento de los derechos individuales: aludimos a los Consejos aristocráticos.

A la época de las invasiones, ya las asambleas nacionales del Imperio, esto es, los comicios y el Senado de Roma, habían perdido por indignidad y prescripción las prerrogativas de legislar y de inspirar y guiar al gobierno del Estado; y en conformidad con una antigua práctica jurídica que mandaba a todo magistrado asesorarse de prudentes consejeros siempre que le correspondiese resolver asuntos graves (*e 1*), los emperadores habían adoptado la de someterlos al estudio y dictamen de un Consejo de áulicos, llamado *Consistorio* o *Auditorio*.

Por su parte, los monarcas bárbaros que al imponerse al Imperio, ora como auxiliares, ora como invasores, no de-

(*e 1*) Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VII, pag. 226

jaban de admirar sus instituciones, trataron de remedar la Corte de Constantinopla rodeándose también de una junta de dignatarios palaciegos.

Pero no se detuvo en aquel punto el desenvolvimiento de la nueva institución. Como quiera que en ningún Estado se podía negar al príncipe el derecho de asesorarse con quienes quisiese, los monarcas bárbaros adoptaron a poco, en ejercicio de esta prerrogativa, la práctica de llamar de vez en cuando a su Consejo a todos los próceres del reino, en especial aquellos cuyo poder se temía y cuya ayuda se necesitaba. A nuestro juicio, no es otro el origen de las asambleas aristocráticas que florecieron durante los siglos medios (*e ll*).

Bajo los nombres latinos, usados indistintamente, de *concilium, conventus, congregatio, curia plena, coronata* o *solemnis,* estas asambleas fueron apareciendo a medida que la formación de los nuevos Estados, más o menos independientes de Roma y de Constantinopla, de hecho sino de derecho, hacía sentir la necesidad de integrar su organización política.

Ya desde el siglo IV, adoptaron los reyes lombardos la práctica de congregar a los dignatarios de la corona y a los grandes propietarios rurales para que reunidos, en asamblea, deliberasen acerca de las leyes y asuntos que se sometiesen a su discusión (*e m*).

Entre los francos, no aparecieron las asambleas aristocráticas sino en el siglo VI, ni se compusieron a los principios sino de los dignatarios de la corte. Pero desde el año 616 aparecen congregados los próceres de todo el reino. La

---

(*e ll*) Pasquet observa que en Inglaterra, hacia el siglo XII, no se distinguían por sus atribuciones la corte (*curia*) compuesta de todos los próceres del reino, y la compuesta de los dignatarios de palacio. Una y otra constituían el consejo del rey. Como quiera que el monarca podía asesorarse con quien se le ocurría, unas veces pedía consejo a muchos, otras a pocos. Pasquet, *Origines de la Chambre des Communes*, pag. 7 et 10.

(*e m*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chapitre V, pag. 115.

curia coronada o corte real se llamó entonces *conventus generalis*, ayuntamiento general. Hacia el siglo XIII, esta misma asamblea se distinguía con el nombre de *parlamento*, nombre que de largo tiempo atrás se daba en ciertos documentos, dice Pardessus, a las reuniones de vecinos y que por su etimología supone el carácter deliberante (*e n*).

En la misma época, esto es, en la que subsiguió a las invasiones, nace la asamblea aristocrática entre los visigodos. Aquella institución tuvo en la Iberia un florecimiento extraordinario. Unidos los próceres de la monarquía y los dignatarios de la Iglesia, a lo menos desde la conversión de Recaredo, acostumbraron a congregarse en Toledo para deliberar sobre los asuntos de interés público, y los congresos (*concilii*) que se conocen con el nombre de esta ciudad brillaron en aquellos siglos más que ningunos otros (*e ñ*).

En la Gran Bretaña, donde había siete reinos, que antes de la conquista normanda se habían refundido en uno solo, las asambleas nacionales se componían, según Gneist, de un corto número de nobles, número que relativamente disminuyó cuando la heptarquía cayó derrumbada. Del computo de las firmas que se cuentan en algunas actas, resulta que a las asambleas generales, llamadas *Witenagemot*, nunca concurrieron más de unos 106 principes, duques y dignatarios de palacio, fuera de la muchedumbre que no se contaba. Estimada la asistencia a los consejos reales antes como una carga que no como una prerrogativa, solo concurrían los que eran nominativamente convocados por la corona y que no podían eludir el cumplimiento de la obligacion (*e o*).

(*e n*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. V, pag. 47 et chap. XVI, pag. 631 et 632.

Pardessus, *L'Organisation judiciaire*, pag. 74. Véase la nota (*f g*) de este mismo capitulo.

(*e ñ*) Martinez Marina, *Teoria de las Cortes*, t. I, cap. II.

Colmeiro, *Constitucion y Gobierno de los Reinos de Leon y Castilla*, t. I, cap. V.

(*e o*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 78 et 82.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 5.

Ni entre los visigodos, ni entre los francos, ni entre los lombardos, ni entre los anglo-sajones, ni en parte alguna se dictó decreto ni ley que estableciera las asambleas aristocráticas (*e p*). Compuestas a los principios no más que de los dignatarios de la corte, congregados para que expresasen sus pareceres sobre los asuntos que se las proponían, aquellas asambleas no tuvieron carácter legislativo ni político, ni sus actos surtieron efectos jurídicos. A la manera del primitivo Senado de Roma, fueron simples Consejos cuyos acuerdos tenían el carácter de meros pareceres que el rey podía, a voluntad, seguir o no (*e q*). Sin la sanción real nada valían.

Como quiera que aquellas asambleas tenían carácter meramente consultivo, de ordinario no podían funcionar de propia autoridad. Si exceptuamos los casos de vacancia del trono y otros análogos, no se reunían ellas sino cuando y donde la corona las convocaba, y suspendían sus fun-

---

(*e p*) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. II, chap. III, pag. 155.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. X, § 2.

(*e q*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, pag. 631 et 632.

«Au point de vue législatif (dice Glasson de las asambleas de los grandes ingleses) les membres de ces assamblées n'avaient ancun pouvoir propre; ils donnaient seulement leur opinion si le roi la provoquait et rien n'obligeait le prince à la suivre. Le roi demandait aux membres de l'assamblée leur avis, surtout pour les nominations aux dignités ecclésiastiques; mais, même dans ces cas il n'était jamais question de vote ni de décisions de l'assamblée». Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. II, chap. III, pag. 157.

Compuestas de los arzobispos y obispos, los abades y los condes, los thanes y los caballeros, las asambleas de los normandos en Inglaterra solían tratar de las cosas de la guerra, de la justicia, de la iglesia, etc., pero en todo caso, se concretaban a dar opiniones y pareceres, por manera que las llamadas leyes de la época normanda no son sino simples *writs* o decretos gubernativos, reales cédulas e instrucciones administrativas. Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 183 et 184.

«Ni nous ne trouvons jamais en face du roi franc une assamblée nationale ou populaire... nous voyons toujours autour de lui un conseil...

ciones cuando ella tenía a bien disolverlas. Tanta dependencia no se explicaría si estas grandes juntas hubiesen nacido realmente como ramas del Poder Legislativo.

Por efecto del mismo carácter consultivo que ellas tuvieron, nunca se fijó en parte alguna el número de sus miembros. Como quiera que aun en la época en que ellas alcanzaron su mayor explendor, se reconocía universalmente al monarca la prerrogativa de asesorarse con quien quisiese, él formaba su Consejo a veces con unos, a veces con otros, ora con muchos, ora con pocos. Sin llamamiento personal de la corona, nadie podía tomar asiento en su Consejo, así fuese noble o plebeyo.

Cuando siglos más tarde se ordenó a las ciudades nombrar diputados que las representasen en los Consejos reales, se adoptó la práctica de dirigir la convocatoria al *sherif*, al *maire*, al corregidor, al alcalde. Pero si el llamamiento no se hizo personalmente a los nuevos consejeros de la corona, no fué porque ellos pertenecieran a la burguesía, puesto que a menudo las ciudades confiaban su representación a individuos de la nobleza; fué porque antes de la elección o nombramiento, no se sabía a quiénes dirigir la citación. Tal es el origen del privilegio que los nobles se arrogaron de no estimarse comprendidos en las convocatorias como no se les llamase por cédula personal (*e r*).

Por último, a consecuencia también del carácter meramente consultivo de aquellas grandes asambleas, no se

Assurément aucune loi écrite ne l'oblige à le consulter; mais c'est comme une nécessité morale qu'il le consulte ». Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. V, pag. 87 et 94.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 6, dice expresamente: «Dans ces assemblées, le roi (d'Angleterre) consultait ses vassaux sur les questions qu'il jugeait bon de leur soumettre: mesures politiques, projets législatifs, causes judiciaires d'importance exceptionnelle. Il n'était nullement lié par l'avis exprimé par son conseil, bien que dans la practique il lui fût difficile de passer outre ».

(*e r*) Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 160.

trataba en ellas de más asuntos que de los propuestos por la corona, ni se podía hacer otra cosa que dar pareceres y formular peticiones y representaciones. No era de su incumbencia legislar ni acordar resoluciones de carácter decisivo.

Que en principio podía la corona seguir o no a voluntad el dictamen de los grandes no es dudoso, pero tampoco es dudoso que de hecho ordinariamente lo seguía porque cuando un gobierno, aun un gobierno autocrático, adopta la práctica de asesorarse con sus súbditos más poderosos, toma consigo mismo el compromiso implícito de deferir a los pareceres que le dan como no haya razones de mucho peso que justifiquen una divergencia.

Incrementóse sobre manera el carácter semi-imperativo de aquellos pareceres cuando las cortes reales abrieron sus puertas a los próceres del reino entero, formando el Consejo de la corona con el imponente ayuntamiento de toda la nobleza.

Aun cuando jurídicamente conservase la asamblea general el carácter de mero Consejo de Estado, compuesta como estaba en cada reino de orgullosos prelados y de próceres levantiscos y poderosos, cuya ayuda necesitaba de continuo la corona, no era dable desatender sus pareceres como cuandò eran acordados por simples y complacientes palaciegos.

Como quiera que las asambleas aristocráticas no se instituyeron por obra de los legisladores, sino por efecto de la práctica que los monarcas adoptaron de asesorarse con sus principales súbditos, quedaron absolutamente eliminadas del gobierno las clases inferiores que siglos antes lo habían dirigido soberanamente, reuniéndose en asambleas generales. Consumóse aquella eliminación sin que hubiese de parte de los grandes ni violencia, ni usurpación, ni despojo, ni protestas de parte de los plebeyos. La evolución se operó espontáneamente porque sobrevinieron causas sociales que desinteresaron e inhabilitaron a las clases inferiores para el ejercicio de las funciones políticas. No carece de interés su estudio.

Empezaremos por observar que hacia la época de la formación de las monarquías bárbaras, se había ya modificado profundamente el concepto jurídico de la extensión territorial del Estado. Aun cuando nunca se puede fijar fechas precisas para cambios de doctrinas que se relacionan con la psicología popular, se ha sostenido fundadamente que ya bajo el principado de Diocleciano (285-303), había quedado asentado el nuevo principio jurídico, según el cual el Estado comprende no solo el municipio núcleo o plásmico, sino también todas aquellas poblaciones, países y ciudades donde se reconoce su soberanía; y por tanto, son ciudadanos suyos no solo los que componen la descendencia de la tribu o tribus dominadoras sino también los pertenecientes a los demás pueblos asimilados. Dado este antecedente, era inevitable que la masa de las poblaciones renunciase a las primitivas prácticas democráticas porque para asistir a las asambleas los ciudadanos dispersos en un vasto territorio tropiezan con obstáculos que no existen para aquellos que residen en el municipio donde ellas se celebran.

A las dificultades peculiares de la locomoción, se agregó en aquellas circunstancias la inseguridad general. Las invasiones sucesivas de hordas bárbaras, ayunas de sentimiento jurídico, habían desorganizado aquellas instituciones de Roma que servían de amparo a las personas, a las propiedades, al derecho. Particularmente en los caminos, desaparecieron ante los invasores aquellos funcionarios postales que bajo su responsabilidad y custodia, habían conducido a los viajeros entre los mas lejanos lugares. Los peligros que amagaban al viajero eran tales que nadie se aventuraba a viajar si no tenía bastante caudal o poderío para hacerse acompañar de un numeroso séquito. Por mucho que fuese su civismo, la masa de las poblaciones, que no podía remunerar este servicio, de necesidad antes que de lujo, tenía que quedar eliminada de las asambleas.

Conspiró a rematar esta eliminación del estado llano el excesivo costo que las armas y los arreos de combate adquirieron por efecto de su perfeccionamiento. Cuando era práctica inviolable que todos los ciudadanos anduviesen ar-

mados, sobre todo para asistir a las asambleas, la adopción del caballo y de la cota de malla, cuya adquisición solo unos pocos podían hacer, retrajo de la asistencia a la masa que, según los usos del tiempo, no podía presentarse con el decoro debido. A la inversa, aquellos que tenían recursos para adquirir caballos y cota de malla alcanzaban por una parte tanta distinción que el apelativo de *caballero* pasó a denotar nobleza, y por otra, tanta superioridad sobre el común de los ciudadanos que les fué dable eliminarlo sin tropezar con la menor resistencia (*e s*).

Empero, de todas las causas sociales que vincularon a los grandes de cada reino las funciones superiores del Estado, la más poderosa, la más decisiva fué sin duda el avasallamiento de las poblaciones, ocasionado por la formación espotánea de las clases sociales.

Cuando a causa de la impotencia del Estado se hizo crónica la inseguridad general, espontáneamente se empezó a formar un sistema de defensa social que puso la masa de las poblaciones, a la vez, bajo el amparo y bajo la dependencia de los poderosos y que al cabo de tres siglos de gestación dió origen al feudalismo. Salvo los casos excepcionales de conquista, el vasallaje se instituyó ordinariamente bajo la presión de las circunstancias, por efecto de contratos voluntarios.

Tanto los débiles como los poderosos procedían libremente a comprar los unos la protección, los otros la adhesión. En una situación social en que el aislamiento estaba rodeado de peligros, nadie estimaba la libertad como un

(*e s*) Por efecto de la misma causa, el mismo fenómeno se realizó en la Antigüedad, según lo notó Aristóteles. «L'entretien des chevaux (dice) est une dépense que les riches seuls peuvent en général supporter. Aussi dans les anciens temps, tous les États dont la force militaire consistait en cavalerie étaient des États oligarchiques... Dans un pays naturellement propre à l'éléve des chevaux, l'oligarchie peut sans peine se constituer trés puissamment; car la cavalerie, qui fait alors la force et la sécurité nationales, exige toujours pour son entretien beaucoup de fortune». Aristóteles, *La Politique*, liv. VI, chap III, § 3 et liv. VII, chap. IV, § 3.

Guiraud, *La Propriété foncière en Grèce*, pag. 121 et 122.

bien que se debiera conservar a costa de toda clase de sacrificios; nadie tenía repugnancia a comprar la seguridad con el vasallaje. Como quiera que a las poblaciones convenía tener a los poderosos, esto es, a los grandes propietarios y a los altos funcionarios más bien como amigos que como a enemigos, se entregaban de grado a ellos, poniéndose bajo su protección. Aun los pequeños propietarios compraban a los grandes la protección, cediéndoles sus parcelas de terreno para recibirlas en seguida de sus protectores o patronos con cargo de rendirles vasallaje. Por su parte, el gran propietario vecino hacía el mismo doble contrato de protección y vasallaje con otro más poderoso, de suerte que el edificio social del feudalismo semejó una pirámide cuya cúspide era el rey y cuya ancha base eran las poblaciones del reino (*e t*).

Pues bien, bajo aquel sistema jerárquico de desigualdades, se tornó imposible la intervención del pueblo. Si en los Estados de la Antigüedad clásica no obstó la desigualdad al florecimiento de las asambleas generales, es porque en ellos la clase que constituía la masa del pueblo conservó siempre su libertad. Tan libres eran los plebeyos como los patricios en Italia, y tanto los démotas como los eupatridas en Grecia. Muy diferente fué entre los siglos V y XI la condición jurídica de la masa de la población cívica, porque los hombres que antes habían constituído la clase media popular y que después constituyeron el estado llano quedaron convertidos en sumisos vasallos. En semejante estado de dependencia, no podían ellos pretender el derecho ni siquiera insinuar la pretensión de presentarse en las asambleas a deliberar altivamente de igual a igual, a la manera de los ciudadanos libres, con los patronos en cuyas manos estaban su suerte, su sustento y sus vidas. No podían concurrir a tales reuniones sino en la calidad en que según las crónicas concurrían, esto es, formando séquitos

(*e t*) Fustel de Coulanges, *Les Transformations de la Royauté pendant l'époque carolingienne*, liv. IV, chap. I.

sumisos, complacientes y leales. No es que hubiera despojo. Es que son las situaciones sociales las que dan y quitan los derechos de unas clases respecto de las otras (*e u*). Una clase avasallada y dependiente no puede asumir unas funciones, cuales son las de los Poderes Públicos, que suponen libertad e independencia. Los que socialmente están en condición de dependencia no tienen capacidad para desempeñar políticamente el papel de gobernantes y legisladores y jueces.

El estudio de los orígenes de las asambleas aristocráticas acaba de comprobar estas observaciones, porque no se ha encontrado el menor indicio de que a los principios se tuviese el propósito de excluir al estado llano. Nunca dictaron los reyes decreto de exclusión, y si solo convocaban a los grandes y a los prelados, únicos hombres identificables a la distancia, únicos que podían venir, únicos cuyo acuerdo les interesaba, no les molestaba ni inquietaba la asistencia de las muchedumbres anónimas. Los próceres de las asambleas lombardas deliberaban en presencia de *una inmensa muchedumbre, circunstante inmensa multitudine* (*e v*). A las sesiones de los Concilios de Toledo asistía el *pueblo entero, omni populo assistente*, y parece ser que para la validez de ciertas resoluciones, se requería su consentimiento (*e x*). Así mismo, a los *Witenagemote* anglo-sajones asistía, según Gneist, además de los magnates del reino, una muchedumbre del pueblo (*e y*) y a los

(*e u*) Guizot, *Les Origines du Gouvernement Représentatif*, t. I, XX[e] leçon, pag. 264.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 42 et 46.

(*e v*) Hallam, *L'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 186.

(*e x*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, págs. 13 y 65.

Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, t. I, cap. V, pág. 59.

(*e y*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 82.

Bajo de los merovingios, dice Schulte, el pueblo prestaba su consentimiento en los asuntos más importantes; mas esta práctica cayó poco a

ayuntamientos generales de la monarquía merovingia, los grandes traían un largo séquito de vasallos (*e z*).

Empero, no vayamos a dar a la asistencia de estas muchedumbres anónimas el menor alcance político o jurídico. Si exceptuamos los Concilios de Toledo, en los cuales parece ser que el pueblo conservaba alguna parte de su soberanía primitiva, la asistencia del estado llano era voluntaria, no obligatoria; se la toleraba, pero no se la necesitaba. En las deliberaciones y votaciones, él no intervenía sino con murmullos, vociferaciones y signos de aprobación o reprobación, y los acuerdos adquirían fuerza con o sin su consentimiento.

§ 59. La adopción del régimen representativo para la constitución de las asambleas nacionales, inmediato efecto del llamamiento del estado llano a las funciones políticas, viene, como se sabe, de los últimos siglos de la Edad Media; pero dicho régimen había sido ya ensayado en los siglos antiguos.

Ya en el siglo II antes de nuestra Era, cuando las asambleas generales florecían universalmente con apariencias de perpetuidad, encontramos una asamblea representativa entre los licios (*f a*). Fraccionado este pueblo en numerosos Estados, veintitrés de ellos habían resuelto confederarse y

---

poco en desuso. Se encuentra, es cierto, algo más tarde que la publicación de nuevas leyes se hacía con la aprobación del pueblo, pero esta aprobación era una simple formalidad que permitía a los carlovingios hacer más soportable la autoridad que ejercían. Cuanto más crecía el poder real, mayor importancia adquirían los que cultivaban relaciones con el rey; y así, en lugar del pueblo, se ve bien pronto formando los consejos y las asambleas a algunos grandes que a virtud de sus relaciones con el rey, habían adquirido consideración y poder. Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 42 et 46.

Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. III.

(*e z*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. XVI, pag. 636 a 648.

(*f a*) En mérito de un texto de Aristóteles, se ha supuesto que en el siglo IV, antes de J. C., la república de Mantinea se regía por el sistema representativo; pero el texto aludido (véase *La Politique*, liv. VII, cha-

constituir por medio de representantes una asamblea común llamada *Synedrion*. De los Estados confederados, unos tenían derecho a hacerse representar por tres diputados, otros por dos, y los restantes solo por uno. La asamblea elegía, fuera de otros funcionarios, un presidente de la Confederación llamado *liciarca*, formaba tribunales encargados de administrar justicia, votaba los impuestos y decidía de la paz y de la guerra. Bajo la dominación romana, quedó subsistente la Confederación y aun siguió funcionando la asamblea representativa, pero sin competencia para tratar ni de contribuciones, ni de política exterior (*fb*).

Según Marquardt, habían florecido confederaciones semejantes en Italia, en Macedonia, en Grecia; confederaciones que después de haber sido disueltas por la conquista romana, habían sido restauradas por el Imperio con asambleas representativas a la cabeza.

Componíanse aquellas asambleas de diputados (*legati*) elegidos, no por la masa de los ciudadanos, sino por los cuerpos municipales, y solo tenían derecho de hacerse representar en ellas las principales poblaciones de cada provincia.

Su tarea más importante consistía en procurar recursos para las fiestas públicas, particularmente para las que requería el culto del emperador reinante. Concluídas las fiestas, la asamblea se constituía en *concilio provincial;* concilio provincial que se ocupaba en revisar las cuentas de las fiestas pasadas, en formar el presupuesto de las venideras, en reglamentar el repartimiento de las contribuciones, en decretar la erección de estatuas y monumentos, en acordar agradecimientos al gobernador saliente, en formular querellas contra las exacciones y vejámenes de los funcionarios imperiales, y reclamaciones contra la tasa de los im-

pitre II, § 2) solo dice que la masa de los ciudadanos se sentía satisfecha allí y en otros Estados con elegir electores que se encargasen de elegir los jefes de la república, conservando ella su poder deliberante.

(*fb*) Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XIV, § 2 et 3.
Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 306 à 308.

puestos, en acordar el envío de embajadas al emperador o al Senado, etc., etc. (*fc*).

De estas asambleas, las establecidas por el Imperio, casi exclusivamente para organizar el culto de los emperadores, fueron instituciones artificiales y no tuvieron raíces en los pueblos porque no vinieron a satisfacer ninguna necesidad social (*fd*).

A la inversa, aquellas que habían existido desde antes de la conquista, habían nacido en fuerza de una necesidad política que se deja sentir en todos los grados del desenvolvimiento social siempre que varios pueblos independientes se confederan conservando su autonomía. Sea que todavía florezcan las asambleas generales, sea que ya se hayan extinguido, toda confederación requiere un cuerpo político que en representación menos de los ciudadanos que de los Estados confederados, vele por el cumplimiento del pacto de unión. En comprobación, bastará recordar los dos casos típicos de Norte América, donde para constituir una entidad internacional respetable, recurrieron al mismo arbitrio los iroqueses del siglo XV y los colonos ingleses del siglo XVIII.

Cosa muy diferente decimos de las asambleas representativas que desde el siglo XII empezaron a nacer en las monarquías europeas porque, según lo demostraremos, las causas sociales se aunaron con las políticas para dar origen a estas instituciones.

Bajo el respecto histórico, sabemos que los primeros Estados generales de Francia en que figuraron mandatarios de la burguesía fueron los de 1302 (*fe*); que las ciudades

---

(*fc*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 508 à 526.

Giraud. *Les Assamblées provinciales dans l'Empire Romain*. Introduction II, pag. II, liv. I, chap. II, et liv. III, chap. I, et VI.

(*fd*) Giraud, ob. cit., liv. II, chap. I, et liv. III, chap. VI et Conclusión.

(*fe*) En los siglos XII y XIII, por lo menos desde 1108, se daba el nombre de *parlamento* a las asambleas de los grandes y a toda junta que se reunía para tratar de asuntos públicos; pero por causas que expondremos más adelante (§ 93), en el siglo XIII se reservó este nombre para

autónomas del Impero Germánico aparecen por primera vez representadas en la dieta general de 1255 (*f f*); que en Inglaterra fué Juan sin Tierra el que instituyó el régimen representativo cuando ordenó en la convocatoria de 1214 que cada condado acreditase como madatarios cuatro caballeros de juicio, si bien la burguesía solo en 1264 fué autorizada para hacerse representar en el Parlamento, o más exactamente hablando, en la que más tarde se llamó Cámara de los Comunes (*f g*); y por último, que en el reino de León, los procuradores de las ciudades vienen

---

la Corte real de justicia, por lo cual no se pudo ya dar el mismo nombre a la asamblea representativa que apareció en 1302.

Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration en France*, t. I, pag. 77.

Pardessus, *L'Organisation Indiciaire*, pag. 135.

(*f f*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 72.

(*f g*) «Le mot *Parlement* est français: Luis VII, roi de France, est le premier qui donna ce nom aux Assamblées générales des États vers le milieu du donzième siécle»... Mais, «ce qu'on y nomme actuellement Parlement n'est qu'une Cour souveraine de Justice, composée de Pairs, de quelques Prélats, de Juges et d'Avocats». Blackstone, *Comentaires sur les Lois Angloises*, t. I, liv. I, chap. II, pag. 217.

La primera de aquellas asambleas que llevó oficialmente el nombre de *parlamento* fué, según Guizot, la de 1258, y según Gneist, la de 1275; pero de antemano Mathieu París había llamado *parliamentum* a la de 1240, compuesta solo de barones. Véase la nota (*e n*) de este mismo capítulo y el § 93 del cap. VIII.

Guizot, *Origines du Gouvernement Répresentatif*, t. II, pag. 157, 163 à 165, et 182.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 185, 269 et 313.

Pardessus, *L'Organisation Judiciaire*, pag. 118 et 119.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 3.

Trasplantado del Continente el nombre de *Parlamento*, calzaba muy bien a Consejos que eran convocados, no para legislar, sino para hablar o como ahora se dice, conferenciar sobre los asuntos del reino. Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 53 et 55.

Stubbs y otros publicistas atribuyen a Juan sin Tierra el primer llamamiento de los Comunes a hacerse representar en el Consejo real porque un cronista cuenta que una convocatoria del 21 de Julio de 1213 dispuso

figurando desde unas Cortes celebradas en la ciudad del mismo nombre, hacia el año 1188 (*fh*).

De estos hechos se infiere que el llamamiento de la burguesía a los Consejos nacionales de los reyes impuso la adopción del régimen representativo, porque no pudiendo ella asistir en masa como la nobleza, no había otro medio de oirla que oir a sus representantes.

Como quiera que el llamamiento de los burgueses no implicaba un reconocimiento de sus derechos políticos,

---

que cada una de las ciudades de sus dominios enviase a Saint Alban cuatro hombres buenos y el preboste a informar sobre los perjuicios que los obispos habían sufrido. Pero aun cuando dicho Consejo se reunió, parece ser que no asistieron los representantes de las ciudades, en términos que se ha llegado a negar la autenticidad de la convocatoria. Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 46 et 47.

(*fh*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XI, § 14 y 15.

«La Constitución de Castilla exigía, dice Martínez Marina, que las juntas nacionales se convocasen y tuviesen precisamente allí donde a la sazón se hallase el rey y su corte...; y de aquí provino sin duda el que a estas grandes juntas se les diese el nombre de *Cortes*». Martínez Marina, ob. cit., loc. cit., cap, XXVI, § 2.

«Nótase en las de León, de 1188, observa Colmeiro, el uso de la voz latina *Curia*, que substituye a *Concilium;* y *Curia* significa en romance *palacio* o *corte*, esto es, el lugar donde el rei tenía su residencia; y de aquí el nombre de *Cortes*. La cuestión etimológica sería poco importante si no fuese porque contribuye a demostrar que la secularización de las asambleas de grandes y prelados iniciada en las Cortes de Nájera de 1137 o 1138, llegó a su cumplimiento en las de León de 1188». Colmeiro, *Introducción a las Cortes, etc.*, Parte primera, págs. 11 y 12.

Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los reinos de León y Castilla*, t. I, cap. XXVIII, pág. 305.

El encabezamiento del acta en latín de las Cortes de 1188, dice así: «In Dei nomine. Ego dominus Aldefonsus Rex Legionis et Gallicie cum celebrarem curiam apud Legionem cum archiepiscopo et episcopis et magnatibus regni mei et *cum electis civibus* ex singulis civitatibus, constitui et iuramento firmavi» *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, t. I, pág. 39.

Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, Parte primera, pág. 142.

Las primeras Cortes generales o comunes de los dos Reinos de León y de Castilla se celebraron en 1250, en Sevilla. Colmeiro, *Introducción a las Cortes, etc.*, Parte primera, pág. 154.

nunca fué convocada a elecciones toda la población cívica del Estado; y tanto en España como en Inglaterra y en Francia, la mayor parte de las ciudades fué ordinariamente eliminada en las convocatorias. En todos los Estados se reconocía, en principio, a la corona la facultad de designar las ciudades con las cuales quería tratar de los asuntos públicos; y aunque las más importantes, en fuerza de su mayor y más decisiva influencia, fueron casi siempre convocadas, los reyes aumentaban o disminuían *ad libitum* el número de las que en cada caso debían integrar los Consejos nacionales (*f i*).

Era lo que pasaba, por ejemplo, en Inglaterra. En el fragor de la lucha que sostenía contra los barones, la corona quiso captarse el apoyo del estado llano, y movida por este designio, dió a ciertas ciudades el derecho de hacerse representar en el Parlamento (*f j*). No lo confirió a todas porque desconfiaba de la lealtad de muchas. Confiriólo exclusivamente a aquellas cuyas adhesiones la interesaban y con las cuales creía contar. Las chocantes desigualdes de la representación parlamentaria de Inglaterra, que subsistieron hasta ha pocos años, provinieron precisamente de que en sus orígenes no fué ella establecida en favor del pueblo entero sino ciudad por ciudad, según convenía a los intereses de la corona (*f k*).

(*f i*) «Le roi (d'Angleterre) demeura libre de choisir comme il lui convenait les membres de son conseil. Il avait la même liberté en ce qui concernait la composition de son «grand Conseil», et c'est ce qui rend si difficile de distinguer un Parlement d'un Conseil, même au temps d'Edouard I. Conseil et Parlement ont la même origine: ils dérivent l'un et l'autre de l'ancienne *curia*». Pasquet, *Origines de la Chambre des Communes*, pag. 10 et 153 et 154.

(*f j*) Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 256.

(*f k*) Guizot, *Les Origines du Gouvernement Répresentatif*, t. II, pag. 181.

Rowe, *El Gobierno de la Ciudad*, cap. V, pág. 128.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 67, 68 et 187.

Sobre el llamamiento de la burguesía a los Consejos reales en Inglaterra, hace Pasquet unas observaciones que se pueden aplicar a España y Francia. «On se représente ordinairement (dice) la fondation de la

Lo mismo pasaba en España. Libre la corona para deliberar sobre los asuntos públicos con quienes la daba gana, ora convocaba unas ciudades, ora otras, casi siempre a las más importantes bajo el respecto tributario; y en cada caso, solo gozaban del privilegio de *voto en Corte* aquellas que eran nominativamente convocadas.

A las Cortes de León de 1188 fueron convocadas todas las ciudades del Reino; y solo 12 a las de Valladolid de 1425. En las de Burgos de 1315 estuvieron representadas 100, y solo 50 en las de 1391.

A la larga, muy a la larga, aquellas que por su mayor importancia habían sido siempre convocadas ganaron por prescripción el privilegio porque prudencialmente no se podía eliminarlas en las nuevas convocatorias. Hacia el siglo XV, no lo habían ganado a firme más que las ciudades de Burgos, Toledo, León, Sevilla, Córdoba, Murcia, Jaén, Segovia, Zamora, Avila, Salamanca y Cuenca; y solo al siglo siguiente, cuando las Cortes empezaban a decaer, lo obtuvieron también Toro, Valladolid, Soria, Madrid, Guadalajara y Granada. Las ciudades que no tenían voto en cortes debían conferir sus poderes, en cada caso, a los diputados de las privilegiadas (*f 1*).

Chambre des Communes comme étant le dernier terme d'un mouvement qui aurait commencé avec la Grand Charte et se serait continué par les provisions d'Oxford et la convocation du Grand Parlement de 1265, pour se terminer par la réunion du Parlement *modèle* de 1295. Cette évolution aurait été déterminée par l'alliance de la noblesse et de la bourgeoisie, qui auraient fait cause commune contre une royauté trop puissante et qui seraient parvenues à limiter le pouvoir du roi. Mais, l'étude des documents nous conduit à des conclusions toutes différentes: ce n'est pas la nation qui demande à être représentée dans le Parlement du roi; c'est le roi qui impose à ses sujets l'obligation de se faire représenter à son Parlement ». Pasquet. *Les Origines de la Chambre des Communes*. pag. 201.

(*f 1*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*. t. I, cap. XIV, § 1 a 13, y cap. XVI, § 8.

Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, t. I, pág. 317.

Sempere, *Historia del Derecho Español*, lib. III, cap. XXIV, página 387.

Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*. Parte primera, págs. 17 y 19.

A la verdad, no es muy larga la nómina de las ciudades con voto en cortes; pero es que muchas lo habían perdido hacia el siglo XV. Por un lado, la corona empezó a eliminar en las convocatorias a muchas poblaciones esperanzada en que de esta manera le sería más fácil manejar y cohechar a los procuradores, dice Martínez Marina; y por otro lado, las ciudades eliminadas, que carecían de medios para hacerse respetar, que se habían visto en grandes apuros para cubrir los viáticos y dietas de los procuradores y que a causa de la inseguridad de los caminos, no siempre encontraban vecinos que aceptasen el mandato, no tenían mucho interés ni en ejercer el privilegio, ni en reclamar contra las eliminaciones. Cuando un siglo más tarde quisieron recobrar su privilegio, ya lo habían perdido por prescripción y se estrellaron contra la doble y mancomunada resistencia de la corona y de las poblaciones privilegiadas (*f m*).

En España, nunca correspondió a los pueblos elegir sus mandatarios. A los principios correspondió generalmente a los alcaldes, regidores y jurados ejercer esta facultad; pero muy pronto algunos cabildos y ayuntamientos protestaron contra esta práctica y exigieron que las elecciones se sometieran a la aprobación del común. Como quiera que nunca se dictaron, a lo menos en los primeros siglos, reglas

(*f m*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XVI, § 4 a 8, 10 y 11.

Lo mismo pasó en Inglaterra. « Le droit électoral (dice Pasquet) avait alors si peu de valeur qu'on ne songeait pas à le définir avec précision: on ne le fit qu'au commencement du XV siècle, c'est-à-dire à une époque ou le rol de la Chambre des Communes était déjà devenu fort important; cent ans plus tòt, les électeurs se dérobaient à leur pretendu *droit*, pour ne pas payer leur part de l'indemnité accordée aux députés ». Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 167 et 168.

« Le *service de cour* au Parlement du roi apparaissait alors aux *communes* beaucoup plus comme un devoir que comme un droit ». Pasquet, ob. cit., pag. 183.

« Le nombre des villes convoquées et le nombre des villes representées diminue peu à peu (en Angleterre)... Les villes ne protestent jamais quand on cesse de les convoquer ». Pasquet, ob. cit., pag. 187.

de derecho público para uniformar en todo el reino la constitución de los mandatos, la anarquía imperó sin restricciones. « Había Concejos, dice Colmeiro, que nombraban sus procuradores por elección, otros por turno, y los más por suerte. Tal ciudad debía estar representada por sus alcaldes o regidores, tal otra por un oficial del Concejo y un caballero o vecino del estado llano, y ciertas por un hidalgo ». Por lo tocante a la manera de constituir el mandato parlamentario, la misma anarquía hubo en Inglaterra (*fn*).

A los principios correspondía a cada población la obligación de cubrir los viáticos y dietas de sus procuradores y el derecho de acordar con ellos la cuantía. Bajo el peso de esta carga, toda convocatoria suscitaba en las ciudades las mayores lamentaciones por los gastos que les echaba encima. Como quiera que las Cortes se congregaban siempre en interés de la corona, las poblaciones empezaron desde el siglo XIV o bien a rehuir la designación de procuradores, o bien a pedir que se cargasen al tesoro real los gastos del mandato. Contra lo que era de prever, la corona no hizo gran resistencia a la demanda. Persuadida sin duda al principio de que quien paga manda, tomó a su cargo los gastos a contar desde las Cortes de Ocaña, celebradas en 1422 (*fñ*).

Bajo del régimen vigente en las naciones más civilizadas, los diputados son elegidos por circunscripciones, departamentos o provincias; pero cada uno actúa en representación de la nación entera. Sus facultades están fijadas por las leyes, y sus electores no pueden jurídicamente cercenárselas

(*fn*) Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de Leon y Castilla*, t. I, cap. XXVIII, pág. 324.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XX, § I.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag 171 et 172.

(*fñ*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XXI, § 6 a 10.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 192.

por medio de instrucciones prohibitivas o restrictivas. No es aquella una manera de conferir un mandato por cuenta ajena; es una manera de designar los funcionarios que han de ejercer la potestad legistativa.

Otro fué el régimen que imperó entre los siglos XII y XVI, por lo menos en España y en Inglaterra. No representaban los diputados a la nación, sino exclusivamente a sus mandantes (*f o*) y sus facultades no estaban fijadas de manera general en las leyes, sino que cada uno tenía las que se le conferían en los poderes e instrucciones con que venía premunido. En realidad, la constitución de aquellos mandatos se regía por la ley civil, y al igual de cualquier mandante particular que está facultado para ampliarlos o restringirlos, los pueblos ejercían el mismo derecho confiriendo a los procuradores poderes o ilimitados, absolutos y decisivos, o especiales, restringidos, y frecuentemente *ad referendum.* En una ocasión, bajo el reinado de Carlos I, Toledo no los dió a sus procuradores sino para oir lo que la corona pidiera o propusiera, reservándose el derecho de decidir. Como renunciasen los electos porque creyeron que no se confiaba en su discreción y energía, el ayuntamiento eligió otros en su reemplazo. Abiertas las Cortes, les exigió la corona que prestasen su consentimiento para levantar un subsidio extraordinario de 300 cuentos; pero ellos lo negaron alegando que no estaban facultados para prestarlo, y don Pedro Laso de la Vega declaró que primero consen-

(*f o*) «Dans ces Parlements primitifs (dice Pasquet) chacun des comtés est censé agir individuellement. Les représentants d'un Comté ne sont pas les représentants de l'Angleterre, mais les *fondés de pouvoir* d'un Comté, capables uniquement de parler et de prendre des engagements au nom de leur Comté et pouvant, d'un Comté à l'autre, prendre des engagements différents. La présence simultanée des deputés n'est pas indispensable; en 1265, deux comtés qui n'ont pas envoyé de deputés au Parlament reçoivent l'ordre, aprés la session close, de les faire venir devant le roi et son conseil, sans doute pour qu'ils puissent prendre, eux aussi, les engagements qui ont été pris par les autres délégués des Comtés». Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 35.

tiría que le cortasen la cabeza antes que infringir sus instrucciones (*f p*).

Guiada tanto por sus tendencias avasalladoras cuanto por el instinto político, la dinastía austriaca reaccionó contra prácticas tan anómalas que imprimían a los diputados el carácter de modestos procuradores civiles impidiéndoles asumir el de funcionarios públicos, capaces de compartir con la corona el ejercicio de la soberanía. Con este propósito, les exigió que exhibiesen, al llegar a la Corte, las instrucciones que se les habían dado y que jurasen no traer otras secretas y reservadas; y les prohibió informar ni consultar a los ayuntamientos sobre lo que se pedía o proponía por la corona. Como no alcanzara su objeto con estas órdenes y prohibiciones, mandó en las convocatorias de 1632 y 1638 que «las ciudades enviasen sus procuradores con poderes absolutos y bastantes» y dispuso que no fuesen admitidos en las Cortes aquellos diputados cuyos mandatos no les facultasen para votar decisivamente sobre cuanto en ellas se propusiera, y así se ejecutó (*f q*).

Aun cuando Martínez Marina es de sentir que con la prohibición de las instrucciones imperativas se acabaron juntamente la autoridad de los ayuntamientos y las libertades de los pueblos (*f r*), nosotros creemos que fué aquella medida la que acabó de transformar el mandato civil en función pública y la reunión de procuradores particulares en Corte de legisladores o por lo menos, de consejeros nacionales. Si en España no se notó de pronto la trascendencia del cambio, es sin duda porque la decadencia del espíritu público, ocasionada por el despotismo combinado de la Iglesia y la reyecía, no dejó alientos a los diputados para sacar partido de la situación independiente en que de la noche a la mañana se encontraron.

(*f p*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap XXIII, § 4, 5, 6 y 7.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 269

(*f q*) Martínez Marina, ob. et loc. cit., § 9 y 10.

(*f r*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap XXIV, § 17

¿Cuáles causas dieron origen al régimen representativo? ¿Por qué fué establecido entre los fines del siglo XII y los principios del XIV y no antes y no después?

Los autores que más a fondo han estudiado esta cuestión han concluído por lo común que el régimen representativo se derivó de cierto principio jurídico del feudalismo, según el cual ninguna persona podía ser gravada, sin su propio consentimiento, con impuestos ni contribuciones. En respeto a este principio, cuando los reyes se encontraron sin recursos para sufragar las cargas del Estado, no tuvieron otra cosa que hacer sino convocar a los pueblos, exponerles las necesidades públicas y pedirles algún auxilio.

A todas luces, dice Spencer, el motivo que indujo a los reyes en la idea de congregar en asamblea a los representantes de la población imponible fué el deseo de obtener subsidios. El primer propósito de las convocaciones de diputados burgueses, dice Gneist, fué en Inglaterra deliberar con una diputación de comunidades imponibles sobre la prestación de subsidios extraordinarios (*f rr*).

Para nosotros no es dudoso que la inmunidad de las ciudades precisó a los reyes a tratar de igual á igual con ellas (*f s*). El principio de la inmunidad, que en los grados inferiores del desarrollo social distingue al hombre libre del tributario, fué defendido con tenaz energía por los pueblos durante toda la Edad Media, y en casi todas las naciones europeas, se lo tuvo por base de la constitución política y del pacto feudal. En España, desde antes de la conquista musulmana, se había establecido que los reyes debían satisfacerse con las contribuciones de costumbre; que no les era lícito exigir de sus súbditos ni dones, ni

(*f rr*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 500.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 314.

Según Pasquet, esta teoría se viene sosteniendo por los publicistas desde el siglo XVII, como que aparece en una obra de Brady, cuya primera edición es del año de 1690. Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 199 et 206.

(*f s*) Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 206.

subsidios, ni empréstitos forzosos; y que todo nuevo monarca debía jurar el día de su coronación que respetaría estas leyes (*f t*). En las Recopilaciones aparecen incluídas muchas reales cédulas dirigidas a sancionar el respeto a la inmunidad de los pueblos.

Estos mismos principios fueron sancionados en Inglaterra. Según los artículos 12 y 14 de la *Magna Charta*, ningún impuesto ni contribución de naturaleza alguna se exigirá a los súbditos del reino sino con el consentimiento de un Consejo compuesto de los prelados eclesiásticos, los condes, los barones y los vasallos directos del rey. En confirmación de la doctrina de Spencer y Gneist, es digno de advertirse que éste es el único caso en que la *Magna Charta* impone a la corona la convocatoria de dicho Consejo (*f u*).

Entre las poblaciones inmunes, venían figurando en toda Europa, desde el siglo XI, las ciudades que habían obtenido fueros de franquicia y libertad. Prevalidas ellas de la penuria casi permanente de los reyes y de los señores feudales, les habían comprado sus fueros y con ellos la inmunidad, pagándoselos a peso de oro. Mediante aquellas compras, la burguesía se equiparaba a la nobleza y al clero dentro de ciertos límites, en lo tocante a la inmunidad; y cuando aumentó el número de las ciudades libres, quedó sobre modo amenguada la masa imponible de los Estados. Bajo el aguijón de los apuros pecuniarios, los reyes y los señores feudales no tuvieron siempre escrúpulos para arrancar tributos por la violencia, faltando a sus juramentos. Pero estos procedimientos, contrarios a lo pactado, no eran de imitarse porque nadie corre tanto peligro con la violación de lo establecido como los poderosos que fundan su poderío en un asentimiento meramente consuetudinario. Para

(*f t*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, livre XII, chap. VI, pag. 330.

Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 25.

(*f u*) Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 12 et 25.

hacer las cosas en regla, tuvieron los monarcas que someterse a tratar con los procuradores de las ciudades (*fv*).

Hacia el siglo XIV, dice Thierry, era axioma común que las ciudades que gozaban de fuero (*villes d'échevinage*) no podían ser pechadas, y de aquí vino que cuando los reyes se propusieron gravarlas con impuestos, se vieron precisados a tratar con los mandatarios especiales de estas pequeñas poblaciones libres (*f w*).

Para llamarlas a la Corte, sin provocar protestas, el rey ejercitó una prerrogativa que nadie le desconocía, la de pedir consejo a quien quisiera aun cuando los grandes fuesen consejeros natos. Con el pretexto efectivamente de pedir consejo, el rey empezó a extender sus convocatorias a los burgueses, si bien lo que en realidad se proponía era ganárselos para arrancarles ayuda y subsidios (*f x*).

Mas, para acabar de comprender cuán espontánea fué la generación de estas asambleas, necesitamos estudiar su naturaleza originaria.

§ 60. Bajo la sugestión de la doctrina clásica, según la cual en todo Estado se deben distinguir tres Poderes, el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo, los publicistas han creído ver legislaturas en las asambleas representativas que aparecieron en la segunda mitad de la Edad Media. Pero del estudio imparcial de sus orígenes, se infiere que aquellos

---

(*f v*) Pasquet sostiene que en Inglaterra el rey podía exigir subsidios a las ciudades dependientes de la corona sin necesidad de pedirlas consentimiento. (Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 209), y por consiguiente, no pudo ser la necesidad de obtener este consentimiento, lo que le indujo a darlas representación en su consejo. Pero aunque la emancipación de las ciudades no fuese en Inglaterra tan general como en el continente, el pacto feudal no autorizaba a los señores para exigir de sus vasallos y de sus súbditos más subsidios, gabelas, derechos y contribuciones que los establecidos por la costumbre. En los términos que la corona empleaba para pedir subsidios, se ve una petición de quien no tiene derecho a exigir, a menudo una petición tímida, nunca una imposición.

(*fw*) Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France*, XXV.

(*f x*) Pasquet, ob. cit., pag. 82 et 83.

cuerpos no tuvieron, sobre todo, a los principios, la facultad de legislar, y que sin adulterar su verdadera naturaleza, tampoco podemos reconocerlos como instituciones que se establecieran con el deliberado propósito de limitar el poder de la corona.

Las Cortes castellanas, el Parlamento inglés, los Estados generales de Francia y la Dieta germánica no nacieron a guisa de Poder Público que en representación de toda la nación viniese a encargarse de las funciones legislativas. En ningún caso habrían dado vida los monarcas absolutos de aquellos siglos a una institución que hubiese de cercenar tan considerablemente el poder de la corona. Lo que hizo viable el Poder Legislativo es cabalmente el haber nacido sin pretensiones de legislar (*f y*).

Ligados por instrucciones imperativas, los procuradores de las ciudades tenían jurídicamente el carácter de mandatarios civiles más bien que el de representantes nacionales llamados a desempeñar con toda independencia funciones públicas. Mientras en el derecho público de nuestros días, la elección por localidades es un medio de nombrar diputados que representen a la nación entera y que obren independientemente según su conciencia, los de los siglos XIII y XIV entendían no representar más que a sus respectivos mandantes y estar obligados a respetar las instrucciones

(*f y*) «Henri III et ses conseillers (dice Pasquet) en convoquant les chevaliers des comtés, Simon de Monfort en convoquant les chevaliers des comtés et les deputés des villes, Edouard I dans les différents essais qui ont abouti au « Parlement modèle » de 1295, ne ce sont nullement proposé de mettre des entraves à l'autorité du pouvoir central, mais au contraire de fortifier ce pouvoir, dons ils étaient les depositaires ». Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 16 et 55.

«Il est certain que le but d'Edouard I, en convoquant les députés des comtés et des villes, n'a pas été de les faire participer à son œuvre législative. Légiférer est une prérogative royale: les sujets n'intervienent qui pour donner conseil quand le roi le leur demande ». Pasquet, ob. cit., pag. 202.

Guizot, *Les Origines du Gouvernement Representatif*, t. II, 18.me leçon, pag. 296.

que de éstos recibían. La congregación de todos ellos no constituía una asamblea parlamentaria en el sentido actual de la palabra, mucho menos una asamblea legislativa: constituía una junta de procuradores civiles que en nombre de sus respectivos poderdantes y en cambio de algunas concesiones reales de interés local, solían otorgar los subsidios que la corona solicitaba (*f z*).

Dado el carácter antes jurídico que político de las diputaciones, carácter que dió a los electos los nombres de *procuradores*, *mandatarios* y *diputados* con que hasta hoy se les conoce, de suyo se infiere que el mandato, sujeto a las reglas del derecho privado, era esencialmente modificable y revocable, y comprendía más o menos facultades a voluntad de los poderdantes, los cuales aun presumiblemente se reservaban la de intervenir por sí mismos en las negociaciones (*g a*). Merced al carácter civil del mandato, el régimen representativo no tropezó, a los principios, con las resistencias que indudablemente lo habrían obstaculizado si las ciudades hubiesen creído que sus mandatarios podían

(*f z*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*. t. II, livre VIII, chap. III, pag. 9 et chap. XIV.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XXIII, § 3 y 4.

Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla*. t. I, cap. XXVIII, pág. 355.

« On pourrait (dice Pasquet) appeler ce système un système de *procuration* plutôt qu'un système *représentatif* proprement dit ». Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 81.

« Elles (les deux Chambres du Parlement) profitèrent du besoin continuel d'argent qui fût la conséquence des grandes expéditions en France et des victoires éclatantes. Sous de formes qui restaient empreintes d'une grande humilité, elles obligèrent les rois à accepter leurs pétitions en n'accordant les aides que sous conditions ou à la fin de la session parlamentaire ». Pasquet, ob. cit., pag. 266.

(*g a*) Dice Colmeiro: « En ningún cuaderno de Cortes del siglo XIII se halla el nombre de *procurador*. Llamábanse los enviados de los Consejos *hombres buenos*, *personeros*, *mandatarios* o *ciudadanos*... Empieza el uso de la denominación *procurador del Consejo* en las de Medina del Campo de 1305 ». Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, Parte primera, pág. 28.

prescindir de sus instrucciones, imponerles leyes y tributos, y convertirse en soberanos de los propios mandantes.

Limitada la competencia de aquellas asambleas por el objeto de las convocatorias y la de cada procurador por sus respectivas instrucciones, no tenía la junta facultades para deliberar sobre los rumbos de la política y de los asuntos de interés nacional. Nunca se propuso en las asambleas de Francia y de España, ni por sus miembros, ni por la corona, proyecto alguno de ley; y su iniciativa se concretó siempre a formular representaciones, aprovechando los días de mayor penuria de la Corte, en demanda de que se extirparan tales o cuales abusos y peticiones en demanda de que se ejecutaran tales obras y cuales reformas (*g b*).

A nuestro juicio, solo en Inglaterra logró, a la larga, la asamblea de los procuradores aunada con la de los barones, no propiamente arrebatar a la corona el poder legislativo, sino compartir con ella su ejercicio. Al cabo de dos siglos y medio de lucha, estableciose allí sucesivamente: 1º bajo Eduardo III (1327-1377), que lo convenido entre el rey, el gran Consejo y los comunes no podría abrogarse sino en la misma forma; 2º bajo Ricardo II (1377-1399), que en lo sucesivo no se dictarían nuevas leyes sin el asentimiento de los comunes; y 3º bajo Enrique V (1413-1422), que los comunes no podían ser obligados a nada sin su propia voluntad. Como consecuencia de estos principios constitucionales, desde el reinado de Enrique IV empiezan los diputados a ejercer la altísima prerrogativa de iniciar leyes, proponiendo verdaderos proyectos (*g c*).

(*g b*) Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 41, 45 et 266.

(*g c*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 321, 322 et 332.

Es presumible que también en Aragón alcanzaran las Cortes a conquistar la potestad legislativa; pero la perdieron rápidamente por efecto de la unificación de la monarquía.

En esta época empezó la rendición de cuentas de la inversión de los

Como quiera que en aquellas capitulaciones no se despojaba al monarca de la potestad legislativa sino que se le comprometía a compartir su ejercicio con los barones y con los comunes, implícitamente quedó establecido que la corona, cuyo consentimiento se requería para dictar nuevas leyes, podía aceptar o no las que el Parlamento la propusiera. A nuestro juicio, éste fué en Inglaterra el origen de la doble y real prerrogativa de la sanción y del veto.

Cosa bien sabida es que cuando el Senado romano hubo asumido el Poder Legislativo, sus resoluciones no entraban en vigencia sino a virtud de la aprobación consular. Pero aquella sanción era muy diferente de la que se estableció en Inglaterra. Si los senadoconsultos no adquirían en Roma fuerza de ley sino cuando el cónsul los sancionaba, es porque originariamente ellos tuvieron el carácter de meros dictámenes, que solo regían cuando el magistrado los hacía suyos aprobándolos. El requisito de la sanción fué perpetuo indicio de que el Senado no tuvo a los principios la facultad de legislar y de que no la adquirió sino respetando las formas, esto es, los trámites que antes se habían seguido para dar fuerza a sus dictámenes.

Origen y alcance diferentes tuvo la sanción real en Inglaterra. Hasta el reinado de los Eduardos, el Poder Legislativo había estado vinculado a la corona. Cuando el Parlamento dejó de ser junta de procuradores civiles y se convirtió en asamblea de legisladores, no tenía ni voluntad, ni fuerza para despojar por completo a la corona de la facultad de legislar. Por su parte, la corona, siempre necesitada de subsidios, se sentía impotente para mantener

---

caudales públicos. Según Guizot, en 1340 nombró el Parlamento una comisión que examinara las cuentas porque recelaba que alguna parte de los subsidios no ingresaban en las arcas reales. Es, dice Guizot, el primer ejemplo de rendición de cuentas hecha a un Parlamento sobre la inversión de los impuestos. Guizot, *Histoire des Origines du Gouvernement Représentatif*, leçon XXII, pag. 360.

En la Antigüedad, Aristóteles había recomendado a las aristocracias la práctica de rendir cuentas de la inversión de los dineros públicos. *La Politique*, liv. VIII, chap. VII, § II.

incólumes sus antiguas prerrogativas. En esta situación, impotentes ambas entidades para vencerse y anularse por completo, hubieron de optar por el único camino que les quedaba, el del avenimiento, compartiéndose el ejercicio del Poder Legislativo. La sanción fué, por consiguiente, juntamente con el derecho de proponer, defender, discutir, sancionar y vetar los proyectos de ley, la participación que la corona se reservó en las tareas legislativas. Si exceptuamos el caso de los senadoconsultos, creemos que antes del siglo XIX, la sanción tuvo siempre orígenes análogos e igual significado.

De muy diferente manera pasaron las cosas en las monarquías continentales.

Concretándonos al reino unido de León y Castilla, cuyas Cortes siguieron, a los principios, una carrera paralela a la del Parlamento inglés y estuvieron a punto de conquistar e Poder Ejecutivo, podemos declarar perentoriamente que la corona nunca las reconoció la facultad de legislar y que de hecho nunca dictaron leyes.

No ignoramos que por lo menos desde el siglo XIII los procuradores de las ciudades se empeñaron por conseguir que no se dictaran nuevas leyes sin su consejo. Pero a pesar de las solemnes promesas de algunos monarcas, la corona no declinaba ante estos propósitos sino cuando se encontraba en situación angustiosa; y en todo caso, el requisito de pedir consejo no implica la transferencia del Poder Legislativo a manos de las Cortes, sino una traba puesta a su ejercicio en manos del rey.

Tampoco ignoramos que en algunas ocasiones las ciudades pretendieron establecer que las nuevas leyes no las obligarían mientras no fuesen promulgadas en Cortes. Pero prescindiendo de que nunca se consiguió establecer a firme esta regla, lo decisivo es que al exigir que se la respetara, no pretendían las Cortes acaparar el Poder Legislativo, sino establecer un modo de promulgación que las permitiese formular peticiones y representaciones contra las nuevas leyes.

Por último, tampoco ignoramos que a solicitud y reclamación de los procuradores, una y otra vez declaró la corona

(y la repetición de las declaraciones prueba la reincidencia en su violación) que lo fecho con acuerdo de las Cortes, solo con acuerdo de las Cortes se podría desfacer. Pero esta declaración, así como la que se hizo en el mismo sentido por Eduardo III de Inglaterra, no tuvo a los principios el carácter de un principio de derecho público, mucho menos de derecho constitucional; no fué sino un principio de derecho privado que se puede traducir y aclarar en estos términos: «lo estipulado entre dos personas no se puede dejar sin efecto por la voluntad de una sola». Que este fué el sentido y alcance de aquella declaración, lo dejan ver sus orígenes. Las leyes dictadas por la corona con acuerdo de las Cortes fueron casi invariablemente frutos de laboriosas gestiones y transacciones. Cuando las Cortes estaban dispuestas a conceder los subsidios que la corona pedía, nunca se los daban sin exigir algo en cambio. Las leyes que se dictaban en tales condiciones eran como si dijéramos el precio de los subsidios. Abrogarlas cuando las ciudades habían ya entregado su dinero era una felonía y una defraudación, era dejar sin efecto, por la voluntad de la parte obligada, una obligación contraída en un verdadero convenio sinalagmático a cambio de otra ya cumplida (*gd*).

(*gd*) A la verdad, hubimos de pasar por muchas vacilaciones antes de concluir que las cortes españolas nunca tuvieron, antes del siglo XIX, la potestad legislativa. Arredrábanos el temor de ponernos en contradicción con la generalidad de los publicistas, y sobre todo, con el insigne Martínez Marina, quien aplica los capítulos XVII y XVIII, tomo II de su *Teoría de las Cortes*, a demostrar que aquellas juntas de procuradores compartían con el rey el ejercicio del Poder Legislativo. Por nuestra parte, de los mismos hechos expuestos por Marina, inferíamos que la potestad legislativa había sido prerrogativa exclusiva de la corona; pero temíamos equivocarnos, y solo vinimos a afirmarnos en nuestra doctrina cuando hubimos conocido los tres siguientes testimonios:

1° La ley 12, tít. I, *Partida* I, que dice: «Emperador o rey puede facer leyes sobre las gentes de su señorío, e otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal, fueras ende si lo fisiessen con otorgamiento de ellos. E las que de otra manera fuesen fechas non han nombre ni fuerza de leyes, ni deven valer en ningun tiempo». Evidentemente Alfonso X no hizo más que expresar en esta declaración un principio del derecho político del

Incurriendo en evidente anacronismo y exagerando la importancia jurídica de las representaciones parlamentarias, Marina sostiene que las Cortes de España fueron verdaderos cuerpos legislativos porque siempre tuvieron *voto consultivo* en materias de justicia, y *derecho a proponer* reformas en materias de gobierno; « a cuyas propuestas (prosigue), presentadas con el modesto título de peticiones, estaban los monarcas obligados a responder y aun a conformarse con ellas » si no había justas causas que cohones-

---

siglo XIII Si así no hubiese sido, las Cortes de Alcalá de 1348 no habrían aprobado las *Partidas*.

2° En un discurso leído (año de 1894) en la Universidad de Madrid, por el eminente catedrático don Antonio Sánchez Moguel, se sostiene brillantemente nuestra doctrina. A su juicio, el Poder Legislativo correspondió exclusivamente a la corona, y las Cortes no tuvieron jurídicamente sino el carácter de juntas consultivas. Sánchez Moguel, *Discurso leído en la Universidad Central*, etc.

3° Por último, el afamado publicista don Manuel Colmeiro, que por encargo de la Real Academia de la Historia, escribió en dos grandes tomos su *Introducción a las Cortes de los Reinos de León y de Castilla*, impugna victoriosamente la opinión de Martínez Marina. En valde, dice: « apura el docto jurisconsulto las fuerzas de su ingenio para probar un imposible, a saber, que en la Edad Media, la potestad legislativa residía en las Cortes con el rey. Por más grato que nos fuese reconocer la antigüedad de este principio constitucional, no puede el mejor deseo prevalecer contra la verdad de la historia »... A su juicio, « las Cortes de León en el siglo XII eran por vía de consejo, y ninguna ley ni práctica alteró este carácter en las posteriores ». Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*, Parte primera, pág. 66, 144, etc.

La documentacion original de las Cortes de León y de Castilla se puede estudiar en dos obras:

La primera se titula *Cortes de los Antiguos Reinos de Leon y de Castilla*, publicadas por la Real Academia de la Historia, en 2 vol. Madrid, 1861 - 1863, seguidos de otros dos que contienen una erudita *Introducción* de don Manuel Colmeiro, Madrid, 1883 - 1884. En esta recopilación se encuentran las actas de las Cortes celebradas desde 1020 hasta 1405.

La segunda obra se titula *Actas de las Cortes de Castilla*, publicadas por acuerdo del Congreso de Diputados; esta recopilación empieza con las Cortes de Madrid de 1563; van publicados 37 tomos. Madrid, 1861 - 1913.

Para nuestros estudios, nosotros solo hemos consultado la primera obra,

taran la repulsa (*ge*). Pero lo que se infiere de estas palabras y de la obra entera de aquel insigne publicista, es que las Cortes españolas no tuvieron más derecho en materias de gobierno que el más insignificante de los derechos, el de pedir, y que en absoluto carecieron de la facultad de legislar de propia autoridad. Los hechos mismos confirman esta inferencia, porque todas las leyes y todos los códigos que han regido en España desde el siglo XII adelante se dictaron antes del siglo XIX exclusivamente por la corona, de vez en cuando a pedido de las Cortes, siempre de propia autoridad, en ejercicio de una prerrogativa no compartida.

Cuando estudiamos superficialmente las relaciones de los monarcas españoles con las Cortes, nos inclinamos sin pensarlo ni quererlo a interpretarlas de manera muy errónea. Bajo la sugestión de las organizaciones políticas contemporáneas, creemos entonces que en una u otra forma, eran las Cortes las que hacían las leyes, y que la corona se concretaba a sancionarlas a semejanza del rey de cualquiera monarquía constitucional, a semejanza del presidente de cualquiera república americana. Pero en el fondo las cosas pasaban muy de otra manera.

La prerrogativa de la sanción, establecida en las constituciones de todos los pueblos civilizados, se deriva de un principio político según el cual el gobierno, encargado de mantener el orden, debe estar premunido de facultades para decidir si las nuevas leyes son o no ocasionadas a trastornos. En el fondo no es otra la doctrina con que los publicistas justifican una prerrogativa semejante que en mayor o menor grado lleva envuelta la del veto e implica más que una limitación de la soberanía del Poder Legislativo una participación decisiva reservada al Gobierno en su ejercicio.

---

que tenemos en nuestra biblioteca particular, y los diez primeros tomos de la segunda, únicos que posee la biblioteca de nuestro Congreso Nacional, y únicos que hemos encontrado en Chile.

La Biblioteca Nacional ha pedido a Madrid ambas obras completas.

(*ge*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, cap. XXVI.

En la misma Inglaterra, donde consta históricamente que la sanción se estableció como reconocimiento de la prerrogativa que la corona se reservó de concurrir a la formación de las leyes, hoy se pretende justificarla recurriendo a la misma doctrina.

Nada de parecido encontramos en las relaciones de los monarcas de Castilla con sus Cortes. A lo menos en los tres o cuatro primeros siglos, aquellas juntas nacionales no formularon ley alguna que pudiese ser sancionada por los reyes. En peticiones ordinariamente muy humildes, que solían convertirse en altivas representaciones cuando la corona estaba muy débil de fuerzas o muy urgida de subsidios o cuando había violado la fe jurada, o dejado sin cumplimiento solemnes promesas anteriores, las Cortes se concretaban a rogar que se remediasen males, que se extirpasen abusos, que se removiesen funcionarios prevaricadores, que se proveyese a tales o cuales necesidades. Como quiera que no otorgaban los subsidios solicitados sino en cambio de la real promesa de deferir a sus peticiones, ordinariamente las acogía la corona; pero en principio no se la disputaba la prerrogativa soberana de dictar las leyes que habían de satisfacer las necesidades representadas. En suma, si podríamos citar numerosas leyes dictadas por la corona que no entraron en vigencia sino después de haber sido consentidas por las Cortes, no conocemos ni una sola que fuese dictada de propia autoridad por las Cortes y solo sancionada por la corona.

Volviendo al asunto principal del presente parágrafo, concluiremos de pronto ser verdad que a consecuencia de la inmunidad de las ciudades, los reyes tuvieron que *tratar* con ellas para obtener subsidios y que esta necesidad les indujo en la idea de adoptar el régimen representativo porque no encontraron otro medio de ponerse al habla con ellas. Pero si en estos hechos encontramos los motivos políticos de aquella política, otras son las causas propiamente sociales.

Durante los primeros siglos de la Edad Media, las poblaciones urbanas habían venido a menos en toda Europa

esquilmadas por los mismos señores feudales bajo de cuya dependencia se habían puesto en los tiempos de las invasiones para captarse su amparo. No había progreso industrial posible bajo de un régimen político en que nadie tenía seguro el fruto de su trabajo porque las expoliaciones de los pueblos por los poderosos no respetaban tasa, ni medida, ni contrato, ni juramento.

Aquellas prácticas hicieron crisis más o menos hacia el siglo XI (*g f*). Irritadas las poblaciones contra un sistema de protección que se había convertido en sistema de expoliaciones, empezaron a oponer viva resistencia al pago de los subsidios y tributos, pero sin cerrar la puerta al avenimiento. Muchas veces ni aun a costa de los mayores vejámenes se conseguía gran cosa de algunas ciudades. Ante la recíproca impotencia de los unos para impedir por completo las exacciones y de los otros para hacerlas en la medida que las deseaban, se tuvo el buen acuerdo de tomar el camino de las transacciones. Particularmente en los días de apuros de los señores de quienes dependían, las ciudadades obtuvieron de ellos la inmunidad en cambio de una suma alzada de dinero. Por cuantioso que el precio pareciera, ellas quedaban sobradamente indemnizadas con un privilegio que las permitía entregarse al trabajo sin el peligro de que el fruto las fuese arrebatado de las manos (*g h*).

Consta históricamente que ni los señores feudales, ni los prelados, ni los abades, ni los reyes respetaron la fe jurada y que las exacciones se repitieron a pesar de las cartas forales o de franquicia y libertad. Pero no es dudoso que bajo de aquel régimen algún alivio han de haber tenido las ciudades cuando a continuación se las ve prosperar rápidamente y adquirir auge extraordinario en tiempo relativamente breve. En la historia política y económica de los

(*g f*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, pag. 202 à 206.

(*g h*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. XI, § I, 2 y 3.

pueblos, marca un jalón del progreso el florecimiento de las ciudades libres de aquellos siglos (*gi*).

Aquel fenómeno no pudo ser indiferente para la política. En todos los tiempos y en todos los países, cuando nace una fuerza social, propende espontáneamente a convertirse en fuerza política, así como cuando se debilita, decrece su influencia en el Estado. Las poblaciones urbanas, que habían sido eliminadas en la composición personal de los Poderes Públicos del Imperio Romano cuando se habían reducido a masas informes de proletarios famélicos, depravados y faltos de civismo, llegaron a convertirse, por efecto de su emancipación, en fuerzas sociales de que no era prudente prescindir, y que no estimándose representadas en sus particulares intereses por los individuos de la nobleza, que eran antagonistas suyos, necesitaban constituir para defenderlos una representación propia.

Hay hechos históricos que ponen de manifiesto el incremento de la importancia política de la burguesía. Según lo hemos observado más arriba (§ 59), los monarcas ingleses la abrieron las puertas de los Consejos nacionales porque la estimaron tan fuerte que su auxilio podía ser dicisivo en la lucha que sostenían contra los barones.

Motivos y causas análogas parecen haber actuado en España a favor del estado llano. También allí precedió el crecimiento de las poblaciones urbanas; también allí la corona las llamó en su auxilio contra la nobleza pendenciera, revoltosa y levantisca; también allí, en fin, los monarcas las convocaron a los Consejos nacionales, tentados por la expectativa del aporte de fuerza, dinero y apoyo que ellas les traían (*gj*).

Para quien conoce la egoísta política de los grandes y de

(*gi*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, douzième leçon, page 179.

Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, liv. XII, chap. V.

(*gj*) Colmeiro, *Constitucion y Gobierno de los Reinos de Leon y Castilla*, t. I, cap. XXVIII, pág. 302.

los monarcas de la Edad Media, no es dudoso que si de antemano no se hubiesen desarrollado las ciudades como fuerza social, ellos no habrían tenido interés en ganárselas y no les habrían abierto las puertas de los Consejos nacionales.

Resuelto el llamamiento de la burguesía ¿en cuál forma concurriría a los Consejos de la Corte? No se podía pensar en la asamblea general. Aunque todavía predominaba el principio primitivo de la comparecencia personal tanto en las juntas nacionales de los grandes cuanto en las locales de los vecinos, no era practicable el que la población de todo el reino viniese en masa a conferenciar con el monarca. Las relativas facilidades que hay para congregar en una plaza a todos los vecinos de un municipio, se convierten en obstáculos insuperables cuando se trata de reunir a todos los súbditos de un vasto Estado. El mismo desarrollo industrial que había incrementado la importancia política de las poblaciones urbanas las radicaba alrededor de sus intereses, porque no podían abandonarlos para trasladarse a una ciudad lejana, sin exponerse a perder el fruto de su trabajo. Para darlas asiento en los Consejos sin ocasionarles daños considerables, no se encontró mejor arbitrio que el de incorporar en el orden público la institución civil del mandato (*g 1*).

§ 61. La bifurcación del Poder Legislativo, sistema que tanto se ha generalizado en los Estados cultos, no se ha efectuado en todas partes, como sería de creerlo, a virtud de unas mismas causas. Para determinar con acierto sus orígenes, conviene distinguir tres clases de Estados: la de los federales, la de los aristocráticos y la de los democráticos.

(*g 1*) Es de notar que de antemano los grandes y más aun los prelados habían adoptado en España la práctica de comparecer en las juntas nacionales por medio de mandatarios. Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, t. I, cap. XXVIII, págs. 306, 307, 312 y 315.

En Inglaterra, el régimen representativo estaba establecido desde tiempos inmemoriales para la constitución periódica de ciertos tribunales de ciudades y para la de ciertas asambleas eclesiásticas. Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 18 et 21.

En las naciones confederadas, la bifurcación es un sistema político arbitrado para satisfacer la doble necesidad de dar representación en el Poder Legislativo, por un lado al pueblo, esto es, a la suma de todos los ciudadanos activos, y por otro lado, a los Estados que han convenido en formar parte de la federación bajo de ciertas condiciones que garanticen su autonomía (*g m*). Si en cada país el gobierno que representa al Estado puede vetar una ley dictada por la legislatura que representa al pueblo, es perfectamente razonable que en la federación haya una Cámara que en representación de todos los Estados confederados pueda dejar sin efecto las resoluciones de otra Cámara que obra en representación de todos los pueblos. El hecho es, como lo hemos ya observado, que desde la Antigüedad, desde las ligas helénicas y macedónicas, hasta la formación del Imperio Alemán y de los Estados Unidos de Norte América, siempre que se ha constituído una federación se ha puesto a su cabeza una asamblea compuesta de representantes de los Estados que ha funcionado, sea en consorcio, sea con independencia de la asamblea de composición o de

(*g m*) Bryce, *La Republica Norte Americana*, t. I, cap. X y XIII. Véase el art. 6 de la Constitución del Imperio Alemán, fechada el 16 de Abril de 1871. Según dicho artículo, el *Bundesrath* se compone de plenipotenciarios (*Bevollmächtigte*) de los Estados confederados.

« D'après la Constitution des États Unis (dice Bagehot) et d'après celle de la Suisse, la Chambre haute a autant d'autorité que l'autre Chambre; elle pourrait lui créer des difficultés extrêmes et si bon lui semblait, la paralyser entiérement; si elle ne le fait pas, il faut moins en savoir gré aux règles constitutionnelles qu'à la sagesse des membres qui composent la Chambre haute. Dans les deux Constitutions précitées, cette dangereuse division de pouvoirs s'appuie sur une doctrine particulière dont je n'ai pas à m'occuper en ce moment. On prétend qu'il doit exister dans un gouvernement fédéral quelque institution, quelque autorité, quelque corps possédant un droit de veto et représentant sur le pied de l'égalité chacun des États qui composent la confédération ». Bagehot, *La Constitution Anglaise*, chap. V, pag. 152.

Sumner Maine cree que en los Estados Unidos de N. A. la bifurcación se estableció por vía de imitación de la Constitución inglesa. Sumner Maine, *Le Gouvernement Populaire*, chap IV, pag. 314.

origen popular. Mientras los Estados federales pretendan conservar su autonomía, la bifurcación se tiene que conservar como base fundamental de la federación. Allí la bifurcación es un arreglo político sin raíces sociales.

Evidentemente no sería lícito atribuir los mismos orígenes a la bifurcación parlamentaria de las naciones organizadas según el sistema unitario. ¿Cuáles serán ellos?

En sociedades atrasadas se suelen seguir ciertas prácticas políticas que a primera vista parecen llevar a la bifurcación. Según Góngora Marmolejo, cuando los araucanos celebraban juntas generales y acordaban emprender una guerra, luego se apartaban los principales y sin dejar acercarse ninguno de condición inferior para poder guardar el secreto de sus deliberaciones, convenían en lo que se había de hacer (*gn*). Una práctica análoga se seguía entre los germanos, porque, según Tácito, los jefes resolvían por sí solos los asuntos de menor importancia y deliberaban sin duda para ponerse de acuerdo, sobre los más importantes antes de someterlos a las asambleas populares (*gñ*). Por último, Thierry nos informa que entre los francos las asambleas generales decidían de la paz y de la guerra, y que para tratar de otros asuntos, en especial de los más complejos, los jefes y los ancianos se congregaban aparte (*go*).

Por más significativas que parezcan ser estas prácticas, incurriríamos en error si viésemos en ellas los orígenes de la bifurcación parlamentaria. Lo que ellas ponen de manifiesto no es la formación originaria de un Poder Legislativo dividido en dos ramas, sino la de un Consejo de Estado compuesto de hombres maduros que asesora al jefe y funciona al mismo tiempo que la asamblea popular.

A nuestro juicio, nunca encontraremos los verdaderos orígenes de la bifurcación mientras los busquemos fuera del tiempo y del país donde se estableció.

(*gn*) Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, cap. XLVI.

(*gñ*) Tácito, *La Germanie*, XI.

(*go*) Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France*, XXV, pag. 422.

Cuando las poblaciones urbanas fueron llamadas a los consejos reales, éstos funcionaban de siglos atrás con más o menos intermitencia, según hemos visto, en cada una de las naciones europeas, compuestos de próceres y dignatarios que dentro de la organización política establecida, eran los naturales consejeros de la corona (*gp*). En estas circunstancias, aunque ningún monarca se propusiera fundar una nueva institución deliberante, puesto que nobles y burgueses eran convocados a un solo Consejo, al Consejo real, era fuerza que para formular peticiones, para acordar subsidios, para entablar querellas y, en general, para tratar de asuntos que sólo interesaban o a éstos o aquéllos, se reuniesen unos y otros separadamente. De hecho empezó entonces el Consejo real de cada monarquía a dividirse en dos asambleas, la de los grandes, que asistían personalmente por derecho propio, y la de la burguesía, que se hacía representar por sus diputados (*gq*). No funcionaban ellas combinadamente como si ambas formasen un solo Poder Público porque cada una tenía una esfera especial

(*gp*) Tanto en Inglaterra como en Francia y España, pasaron a veces largos intervalos de tiempo durante los cuales no se reunió el Consejo real de los próceres. Particularmente sobrevino esta suspensión de la vida del Consejo en Inglaterra cuando a consecuencia de la conquista normanda, la corona quedó armada de un poder obsoluto que la permitió proceder sin consulta de los grandes. Por esto han dicho algunos autores que la antigua asamblea de próceres desapareció en aquel reino. Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 185, et Guizot, *Origines du Gouvernement Représentatif*, t. II, pag. 72. Pero es el hecho que hacia el siglo XII reaparece el Consejo real funcionando con los barones de todo el reino.

(*gq*) Con referencia a Inglaterra, dice Guizot que a los principios los diputados de los condados, esto es, los caballeros formaron un solo cuerpo o Consejo con los grandes; pero que los diputados de las ciudades y burgos formaron desde su primer aparecimiento una asmblea distinta que celebró sus sesiones separadamente. Guizot, *Histoire de Origines du Gouvernement Representatif*, t. II, 17ème leçon, pag. 268 et 269.

Por mi parte, creo también presumible que los diputados burgueses se reuniesen separadamente desde las primeras veces que fueron convocados; pero llamados como eran para que comparecieran *ante el rey y ante el*

de competencia, siendo como era la una un simple Consejo de próceres y dignatarios, y la otra una junta de diputados que no en calidad de legisladores sino de procuradores, no tuvieron originariamente más función, fuera de la consultiva, que la de conceder o denegar los subsidios (*gr*). En Inglaterra no fué raro que mientras los diputados de las ciudades eran despedidos casi al llegar a la Corte, o inmediatamente después de haber acordado los subsidios, el Consejo real siguiese estudiando con los solos próceres del reino los asuntos que la corona había sometido a su conocimiento.

Aun prescindiendo del orgullo aristocrático que no permitía a los nobles codearse en unos mismos estrados con los procuradores burgueses, la separación de ambas asambleas se imponía por la diversa naturaleza de sus funciones. Mientras los Consejos de la nobleza afectaban al reino entero en tanto cuanto la corona los hacía suyos, los acuerdos de los procuradores no empecían ordinariamente a los grandes, cuya inmunidad permanecía intangible. Nada prueba tan bien la recíproca independencia de ambas asambleas como el hecho no raro de que se convocase y funcionase la una sin que jurídicamente se sintiese la necesidad de que también se convocase y funcionase la otra. Particular-

---

Consejo real. (Pasquet, *Les Origines de la Chambre des Communes*, pag. 10 et 28), es igualmente presumible que en muchas ocasiones nobles y plebeyos celebraran sesiones comunes para tratar de los asuntos sobre que la corona pedía parecer.

(*gr*) « Loin que la division du parlement, à son origine, eût lieu (dice Guizot) dans les formes qui prévalurent 50 ans plus tard, elle s'opérait d'après d'autres principes. Ancune idée d'intérêts généraux et d'une représentation nationale, n'existait alors. Les intérêts spéciaux, assez importants por intervenir dans le gouvernement, et intervenaient pour leur propre compte seulement, et traitaient isolément leurs propres affaires. S'agissait-il uniquement des choses où les hauts barons parussent intéressés et où le roi n'eût besoin que d'eux? Ils venaient et délibéraient seuls. S'agissait-il de modifications à la nature et au mode de transmission de la propriété territoriale féodale? les chevalier de comtés intervenaient... S'agissait-il d'intérêts commerciaux? le roi en traitait avec les seuls députés des bourgs ». Guizot, *Les Origines du Gouvernement Représentatif*, t. II, 17ème leçon, pag. 272.

mente en España quedó probado desde 1538 que no constituían ambas un Poder Público porque irritada la corona ante la arrogancia con que los grandes actuaron en las Cortes de Toledo, celebradas aquel año, no volvió jamás a convocarlos (*gs*).

Los monarcas del continente europeo hicieron cuanto pudieron para mantener la separación de ambas asambleas. Aleccionados con lo ocurrido en Inglaterra, donde la alianza de ambas se había impuesto a la corona, resistieron todos los empeños que ellas hicieron para formar una sola fuerza. Acaso presentían los peligros que la fusión de 1789 trajo consigo.

En 1614 el obispo de Beauvais propuso en unos Estados generales de Francia que los tres órdenes, esto es, la nobleza, el clero y la burguesía deliberasen en común; pero la corona no lo consintió, temerosa, dice Dareste de la Chavanne, de que la opinión de la mayoría, manifestada sin las ordinarias contradicciones por la asamblea entera, no apareciera armada como de fuerza imperativa (*gt*). Así mismo, en España (año de 1538) bajo el reinado de Carlos I, «cada clase, dice Sempere, tuvo sus juntas particulares con tal separación que habiendo solicitado permiso los grandes para conferenciar cuando les pareciera conveniente con los procuradores de las ciudades», les fué denegado por la corona (*gu*).

Pues bien, aquella separación inicial, impuesta a los principios por la diversidad de funciones, fué el origen de la bifurcación parlamentaria en el único país donde se ha establecido espontáneamente, en Inglaterra. Sin duda alguna, si a fines de la Edad Media se hubiese alimentado el propósito deliberado de establecer el Poder Legislativo, a

(*gs*) *Actas de las Cortes de Castilla*, t. I, pág. XI.
Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. I, cap. X, § 8, 9 y 11 a 15.

(*gt*) Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Aministration en France*, t. I, chap. II, § I.

(*gu*) Sempere, *Historia del Derecho Español*, lib. IV, cap. III, pág. 428.

nadie se le habría ocurrido, como se ha pensado (*gv*), que conviniese instituir dos Cámaras para confiarles sus funciones. Antes de conocer las lecciones que la Revolución Francesa legó a la humanidad, antes de conocer los peligros que la dictadura de una asamblea ofrece, se habría pensado con sobrada razón que bastaba una sola. Pero es el caso que este Poder fundamental del Estado se formó mediante la acción combinada de ambos cuerpos sin que los actores mismos barruntaran la naturaleza de la institución que engendraban. Habiendo combinado sus fuerzas, no para hacer leyes, sino para resistir a las exacciones y al despotismo de la corona, se apropiaban por igual los barones y los comunes las concesiones y las prerrogativas que se arrancaban a los monarcas, y entre ellas, la de intervenir en la formación de las leyes. El Poder Legislativo nació entonces bifurcado porque fueron dos las asambleas que lo conquistaron y porque representando ellas clases e intereses sociales diferentes y aun antagónicos, ninguna habría consentido en dejar confiado exclusivamente a la otra el ejercicio de tan importantes funciones. Sea como aliadas, sea como rivales, ambas hubieron de compartirse la potestad legislativa.

En las naciones del continente, no se pudo establecer la bifurcación porque aun cuando los burgueses y los nobles se reunían también separadamente, nunca constituyeron las dos asambleas partes integrantes y conexas de un mismo Poder Público y porque habiéndose aliado la burguesía con la corona para combatir al feudalismo, jamás combinaron sus fuerzas para conquistar la potestad legislativa. Si en aquellas condiciones hubieran perdido los reyes dicha potestad, no la habrían asumido combinadamente las dos asambleas, sino una de ellas, aquella que la hubiera conquistado con sus solos esfuerzos. Pero es la verdad que habiendo vivido ambas en perpetuo divorcio, ninguna tuvo fuerzas para conquistar por sí sola tan alta prerrogativa.

(*gv*) Martínez Marina, ob. y loc. cit., cap. X, § 23.

Por efecto de estos antecedentes, la bifurcación no se estableció en parte alguna, fuera de Inglaterra, y solo allí podemos observar la manera como ambas asambleas arrancaron parte por parte al poder absoluto de la corona los elementos jurídicos necesarios para investirse del Poder Legislativo. Concretados originariamente los barones a dar consejos y los diputados a conceder subsidios y formular quejas y peticiones, se prevalieron de los continuos apuros de la corona para obtener concesiones que cambiaron de raíz la organización constitucional del Estado. En 1215 se la arrancó la promesa de no imponer nuevos tributos sin consentimiento de los grandes, de los *thanes* y de los prelados; en 1382, la de no dictar nuevas leyes generales sin el consentimiento de los comunes; en 1407, la de que no se podría legislar en ciertas materias sino con el acuerdo combinado de los lores y de los comunes; y en 1418, la de que no se impondrían en adelante a los comunes obligaciones que ellos no hubiesen aceptado o estipulado en ejercicio de su libre voluntad (*g x*). Así quedaron constituídas en ramas recíprocamente complementarias del Poder Legislativo aquellas dos asambleas: el Consejo anodino de los próceres y la modesta junta de los procuradores burgueses.

Bifurcado este Poder por efecto de la preexistencia de las dos asambleas que asumieron sus funciones, el antagonismo de clase impidió su fusión posterior.

Sin duda, si las instituciones solo durasen mientras subsiste la causa que las ha dado vida, ha largos años que la bifurcación habría desaparecido en todas aquellas naciones donde ha cesado el antagonismo de las clases sociales. Pero así como algunas se suprimen mientras subsiste la causa generadora, porque en la práctica no rinden los frutos que de ellas se esperaban, así otras siguen subsistentes después de desaparecer la razón primera de su establecimiento, porque en la práctica rinden frutos que no se es-

(*g x*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 313 a 326.

peraban en ellas. Baste observar que el gobierno, instituído en sus orígenes exclusivamente para la guerra, se perpetúa en vista de las ventajas que su institución ofrece para la paz.

Algo análogo explica la subsistencia de la bifurcación. Bifurcado el Poder Legislativo a virtud de la preexistencia de dos asambleas siempre antagónicas y a las veces aliadas, el régimen se ha mantenido después de haber desaparecido las causas del antagonismo y de las alianzas en mérito de las ventajas que él ofrece a las tareas legislativas (*gy*).

Sin duda este arreglo constitucional tiene también algunos inconvenientes. Por causa de la bifurcación, suele suceder que el tercio más uno de los representantes paralice la acción de los otros tres cuartos, porque la mayoría de un voto de una Cámara basta a dar por rechazada una ley aprobada por la unanimidad de la otra; por la misma causa, suelen sobrevenir conflictos constitucionales sin solución entre esta rama que apoya una cosa o un ministerio y aquella que lo repudia o combate; por la misma causa, se suelen entorpecer las tareas legislativas en términos que un proyecto aprobado con carácter de urgente en la una queda encarpetado durante años en la otra, etc., etc. (*gz*).

A pesar de estos inconvenientes, la bifurcación ha triunfado porque garantiza contra las precipitaciones y las sorpresas de una sola Cámara la mayor madurez de las leyes y las resoluciones, porque cuando una sola ejerce sin contrapeso ni limitaciones poder tan importante, no se puede impedir que animada del doble sentimiento de su omnipotencia y de su irresponsabilidad, dicte leyes injustas y cometa abusos contra el pueblo, y porque la irresistible sugestión que los grandes oradores ejercen sobre sus auditorios, hasta llevarlos a defender con el mayor entusiasmo las peores causas, se contrarresta con la institución de dos Cámaras, dando tiempo para que los miembros de la una pesen fria-

---

(*gy*) Stuart Mill, *Le Gouvernement Représentatif*, chap. XIII.

(*gz*) Bentham, *Œuvres*, t. I, pag. 363.
Bagehot, *La Constitution Anglaise*, chap. V, pag. 151.

mente el pro y el contra de las cuestiones discutidas en la otra (*h a*).

Si se preguntara, observa Bentham, cuáles beneficios ha reportado Inglaterra de la Cámara de los Lores, acaso no sería fácil recordar casos en que ella haya evitado que se dictasen malas leyes, y antes al contrario no sería difícil recordar no pocos en que ha impedido que se dictasen algunas muy buenas. Pero a pesar de estos antecedentes, no se podría concluir lógicamente que en la constitución inglesa dicha Cámara esté demás, como un estorbo, porque al acervo de ciertas instituciones hay que abonar no solo el bien que hacen sino también el mal que evitan. ¿Pretenderíamos acaso suprimir por innecesaria la policía de un pueblo cuando nos cerciorásemos de que durante largos años no se ha cometido en él un solo delito que haya requerido su intervención? (*h b*).

Sea de esto lo que sea, ello es que los Estados democráticos, especialmente los de Hispano-América, que se han organizado en la Edad Contemporánea, han optado por la bifurcación aun en aquellos casos en que no había ni antecedentes históricos, ni antagonismos sociales que la hicieran indispensable. En Chile, donde se empezó el 4 de Julio de 1811, fecha de la inauguracion de nuestro primer cuerpo legislativo (*h c*) con el régimen de la Cámara única, la Constitucion de 1828 adoptó para siempre el de la bifurcacion; y en una sesión celebrada el 6 de Agosto, el Congreso Constituyente repartió sus miembros entre las dos Cámaras, la de Senadores y la de Diputados, que había instituido en dicho Código (*h d*).

(*h a*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. II, liv. VIII, chap. III.

Bentham, *Œuvres*, t. I, pag. 363.

(*h b*) Bentham, *Œuvres*, t. I, pag. 365.

(*h c*) Roldán, *Las Primeras Asambleas Nacionales*, cap. I, páginas I y 81.

(*h d*) Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. XVI, pág. 281.

CAPÍTULO SEXTO.

La génesis del Gobierno.

SUMARIO. — § 62. Hipótesis de la fuerza y el contrato social sobre los orígenes del Estado. — § 63. Los ancianos en los pueblos atrasados. — § 64. Hipótesis del origen patriarcal del Estado. — § 65. Origen bélico del Estado. — § 66. Orígenes de la monarquía. — § 67. Servicios de las autocracias históricas. — § 68. Orígenes de los ministerios de Estado y de los Consejos áulicos. — § 69. Ramificación del gobierno. — § 70. La potestad política o reglamentaria. — § 71. Orígenes históricos de los cargos políticos en Chile.

§ 62. Se dice que en una sociedad existe el Estado cuando en ella hay un personal más o menos reducido, más o menos numeroso de funcionarios que con autoridad coercitiva ejerce la prerrogativa de desempeñar las funciones públicas (*a*).

Supuesto este concepto, creemos que con la abundante copia de datos apuntados más arriba, ha quedado establecido que en los grados primitivos del desarrollo político, el Estado no existe porque en ellos la sociedad entera desempeña, sin coerción alguna, por sí misma, mediante las asambleas generales, todas las funciones públicas.

No son las asambleas generales de los pueblos primitivos, como las de los pueblos cultos, simples órganos del cuerpo político. Cuando todavía no ha empezado el pro-

---

(a) Hobbes, *Les Fondements de la Politique*. chap. V, § VII, VIII et IX.

ceso de la diferenciación orgánica, cada una de ellas es un cuerpo entero y amorfo, es una tribu que se reune para tratar de los asuntos de interés común, pero que no pretende tener facultades para imponer coercitivamente sus resoluciones. Solo en grados más o menos altos de cultura política, de ordinario solo en Estados compuestos, se convierten ellas en órganos específicos de funciones determinadas. Por consiguiente, si las asambleas generales son anteriores a todo régimen coercitivo y a toda organización política, es claro que con el estudio precedente no hemos resuelto todavía el problema de los orígenes del Estado.

En los siglos medios y modernos, la teología y la metafísica eludieron este problema y los afanes consiguientes de la investigación sentando *a priori* que toda sociedad nace organizada políticamente porque según ambas escuelas, la institución del Estado es o de origen divino o de derecho natural. Pero cuando la etnografía hubo demostrado con abundante copia de datos que las sociedades más atrasadas son amorfas, y viven en estado acrático, y se manejan a guisa de simples behetrías, estas doctrinas quedaron virtualmente eliminadas y los investigadores empezaron a preguntarse cuándo y dónde, cómo y porqué se forman los Poderes Públicos.

Como quiera que la existencia del Estado, aun en los grados más primitivos de su desenvolvimiento, supone la sujeción de todos los ciudadanos a un cuerpo de funcionarios, la mayor dificultad del problema está en determinar las causas y circunstancias en fuerza de las cuales el salvaje indisciplinado, rebelde a toda obediencia, se aviene a reconocer y acatar la autoridad de uno o más de sus iguales.

Cuando por vía de protesta contra la corrupción y las tiranías del orden social se inventó la hipótesis del estado paradisiaco de naturaleza (*b*), el espíritu humano se alejó de la solución del problema en vez de acercarse a ella,

(*b*) Locke. *Le Gouvernement Civil*. chap. I. § I et XI. Sumner Maine. *L'Ancien Droit*. chap. III. pag. 68.

porque supuestos los hombres en el pleno goce de la libertad, de la igualdad y de la felicidad, es más difícil comprender cómo se avinieron a someterse a un orden que en gran parte les cercena estos beneficios estableciendo jerarquías, trabando las acciones, imponiendo cargas y obligaciones.

Por un momento se creyó haber encontrado la solución explicando lo mismo con lo mismo. Si toda la dificultad estriba en determinar cómo los salvajes rebeldes se someten a la obediencia, lo más obvio parecía ser sentar que la coerción se había impuesto por obra de la fuerza. Parecían comprobar esta hipótesis los innumerables casos históricos en que pueblos sin organización política alguna habían sido reducidos por obra de la conquista a respetar la autoridad y las leyes del Estado vencedor.

No otro es el fundamento de la adhesión que hasta hoy mismo prestan a esta doctrina algunos publicistas de no escasa nombradía. En la historia, dice Gumplowicz, no hay ejemplo de Estado alguno que se haya constituído por otro medio que el de la fuerza; y aquellos que le atribuyen origen diferente tienen que recurrir, para fundar sus hipótesis, a lo que se supone haber ocurrido en tiempos prehistóricos (*c*).

Aun en la etnografía no escasean los hechos que parecen llevar a la misma conclusión. Entre los indígenas de Tasmania, los más fuertes se hacían jefes con general asentimiento, y entre los bosgemanes, la fuerza da distinción. El jefe de los tapayos se distingue en la tribu por su mayor estatura, y el más esforzado adquiere entre los beduinos grande autoridad. Respeto análogo tributan a la fuerza los australianos, los chorotis y los ashluslayos del Chaco, los comanches, los dayakes, etc. Stanley atestigua que durante sus viajes por el África Central, en cien ocasiones notó que los salvajes no respetan más que el valor y la fuerza; y Strabon dice que entre los etiopes de su tiempo,

(*c*) Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, cap. VI, pág. 118.

se confería la realeza al que había alcanzado la fama de mayor bravura (*ch*).

No obstante las precedentes observaciones, creemos que no hay razón para ver en estos hechos los orígenes del Estado. Cuando la conquista o la revolución ha dividido un Imperio en varios pueblos independientes, el Estado había nacido de antemano. Como quiera que en estos casos se desmembra una entidad internacional, *a priori* se puede suponer que la desmembración no se ha de operar, por lo común, sin desgarramiento, sin lucha y sin el empleo de la fuerza. Pero si los Estados que se forman por desmembración de otro deben en gran parte su independencia a la fuerza, no hay hecho alguno que nos autorice a creer que de la misma manera se forme el Estado primitivo, el Estado que nace espontáneamente. En oposición a la doctrina de Gumplowicz, podemos afirmar que la historia no ofrece caso alguno de formación originaria del Estado.

No es dudoso que la fuerza ha creado muchos Estados. Tampoco es dudoso que se puede erigirlos por medio de un pacto social o de un tratado internacional. Pero el problema no se resuelve con averiguar lo que se ha hecho artificial y reflexivamente, porque lo que nos interesa saber y que seguimos ignorando, es dónde están los orígenes espontáneos del Estado, cuáles son las situaciones sociales que le llaman a la vida.

Divídese la vida de los pueblos, según ya lo observamos (§ 22), en dos etapas muy diferentes: una de desarrollo *espontáneo* y otra de desarrollo *reflexivo* (*d*). En la primera, cada costumbre constituye una ley; de cada práctica nace una institución, y todo es obra impremeditada de la

---

(*ch*) Stanley, *Le Continent Mysterieux*, t. I, pag. 258

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 472 et 473.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. I, pag. 57.

Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 30.

Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVII, chap. II, § 3.

(*d*) Ahrens, *Droit Naturel*, pag. 486.

sociedad entera. En la segunda, el derecho público y las instituciones se crean de intento por medio de leyes y decretos, y todo es obra de la autoridad pública. Pues bien, si a la historia interesa averiguar cómo se han erigido algunos Estados en la etapa del desarrollo reflexivo, donde se deja ver la acción directa del hombre, la ciencia se empeña principalmente en determinar cómo nacen en la etapa del desarrollo espontáneo, cuando solo actúan las causas sociales.

Para averiguar este hecho, sería vano recurrir a la prehistoria, como supone Gumplowicz que se hace. Fundada esta ciencia meramente congetural en el estudio de algunos restos dispersos que desde los tiempos anteriores a la historia han llegado hasta nosotros, nada positivo puede decirnos sobre los orígenes del Estado. ¿Cómo llegaremos, pues, a determinarlos?

De antiguo ha existido una escuela que ha pretendido determinar los orígenes de las cosas por medio de razonamientos puramente empíricos, comprometiéndose en divagaciones contradictorias que nunca pusieron término a cuestión alguna. Caso conocido de aplicación de este método es el ocurrido en el siglo XVII, cuando sin conocimiento alguno de los hechos fundamentales, los jurisconsultos discutían si la sucesión testada es anterior o posterior a la intestada, sosteniendo unos el pro y otros el contra.

Para nosotros, toda cuestión relativa a los orígenes de una cosa cualquiera es una cuestión de hecho que no se puede resolver ideológicamente. Refiriéndonos particularmente a los del Estado, no es dudoso que si nos fuese dable conocer los hechos con que empieza a nacer la organización política de las sociedades, podríamos formar la teoría de sus orígenes, pero tampoco lo es que en caso contrario, sólo podríamos formar conjeturas deleznables sin valor científico. Dadas estas premisas y si es vano empeño interrogar a la historia y a la prehistoria sobre los hechos que dan vida al Estado ¿a cuál ciencia recurriremos en demanda de luz y de auxilio?

A nuestro juicio, no hay en realidad más que una ciencia que pueda alumbrar el camino de nuestras investigaciones, y

es aquella que vive consagrada al estudio de los pueblos más atrasados, esto es, de aquellos donde el Estado todavía no ha nacido o apenas empieza a germinar: la etnografía; y en esta ciencia, no aparece confirmada la hipótesis de la fuerza. En otros términos, cuando el Estado empieza a germinar, la fuerza no explica la germinación, o sea, no explica cómo pueda suceder que en las tribus más atrasadas, donde no están diversificadas las funciones militares, donde todos los varones válidos son guerreros, donde muchos gozan a la vez de igual fama de bravura y de fuerza, uno solo logre imponerse en calidad de jefe sobre la sociedad entera.

Que las tribus primitivas, tribus belicosas que viven en guerra perpetua y pelean cuerpo a cuerpo, atribuyen particular importancia a la fuerza muscular así como al valor, a la astucia, a la agilidad, etc., es mucha verdad. Pero no se podría ver en estos hechos los orígenes del Estado sin atribuirles un alcance que de suyo no tienen. Si la fuerza es el origen del Estado ¿cómo se explica que el Estado subsista en aquellos países donde por medio de la revolución, recobran los pueblos juntamente la libertad y el poder de disponer a su arbitrio de sus destinos?

Como bien lo demostró Augusto Comte, ningún poder público puede vivir, y mucho menos, perpetuarse, sino cuenta con el asentimiento explícito o implícito de los pueblos, constituyéndose en órgano de las aspiraciones y necesidades sociales. Que ésta es la raíz y el origen de los Poderes Públicos, bien lo prueba el hecho de que cuando sea por causa de la anarquía mental, sea por causa de las crisis políticas, no prestan asentimiento los pueblos a la actuación de las autoridades, el gobierno aparece débil, inhábil y perezoso, impotente para cumplir los fines más elementales de su institución, aun cuando se exhiba con las apariencias de muy fuerte por las arbitrariedades que cometa (*e h*). Pues bien, la hipotesis que atri-

(*e h*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, leçon XLVIII, pag. 244

buye a la fuerza la institución originaria del gobierno es una hipótesis anti-científica porque supone la posibilidad de que él exista merced a la sola violencia sin tener la menor cuenta del asentimiento social. En el orden social, no hay más fuerzas que aquellas que se forman por el concurso de las voluntades individuales. La misma fuerza pública no puede existir ni explicarse como se prescinda del asentimiento social.

No, mientras la conciencia humana distinga las imposiciones de hecho de las de derecho, la fuerza jamás podrá explicar por sí sola ni los orígenes, ni la existencia del Estado, y aun cuando las autoridades recurran de continuo a los medios coercitivos para imponer la obediencia, en todo caso hay que contar con el asentimiento social, más o menos forzado, más o menos espontáneo, para explicar el nacimiento y la perpetuidad de este organismo (*f*).

En oposición a la hipótesis de la fuerza, forjada para

(*f*) «Le plus fort (dice Rousseau) n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne trasforme sa force en droit et l'obéissance en devoir... La force est une puissance physique .. Céder à la force est un acte de necessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence... Supposons un moment ce pretendu droit. Je dis qu'il n'en résulte qu'un galimatias inexplicable, car sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause: toute force qui surmonte à la première succéde à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément, on le peut légitimement». Rousseau, *Le Contrat Social*, liv. I, chap. III.

Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel*, Partie première, chap. IX, § III.

«La force (dit Guizot) joue un grand rôle, un rôle de tous les jours, dans les affaires humaines; elle n'en est pas le principe, le mobile supérieur: au dessus de la force et du rôle qu'elle joue, plane toujours une cause morale qui décide de l'ensemble des choses... Concevez, je ne dis pas un peuple, mais la moindre réunion d'hommes, concevez-la soumise à un souverain qui ne le soit absolument que de fait, à une force qui n'ait aucun droit que celui de la force, qui ne gouverne pas du tout à titre de raison, de justice, de verité; à l'instant la nature humaine se révolte contre une telle supposition: il faut qu'elle croit au droit. C'est le souverain de droit qu'elle cherche, c'est le seul auquel l'homme consente à obéir». Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, neuvième leçon, pag. 251 et 253.

sancionar el despotismo de las autocracias modernas, se ideó en el siglo XVI la del convenio general, popularizada por Rousseau, desde 1762, bajo el nombre del *Contrato Social*. Aunque los verdaderos autores de esta doctrina fueron acaso Languet y Suárez, ella fué acogida, antes que en otra parte, en Inglaterra no sólo porque allí hubo filósofos liberales que se propusieron demostrar que el despotismo carecía de base jurídica, sino también porque la naturaleza de la *Magna Charta*, transacción celebrada entre el rey, los barones y los comunes, parecía ser un antecedente histórico que probaba la existencia de contratos sociales en los orígenes de los Estados.

Según las enseñanzas de Locke, si los hombres son originariamente libres, iguales e independientes, ninguno ha podido sin su propio consentimiento ser sometido al poder político de un tercero. Lo mismo, literalmente lo mismo había enseñado Suárez. No es objeción contra esta doctrina, observa Locke, decir que en la historia no se recuerda caso alguno de hombres que viviendo en estado de naturaleza, hayan convenido en formar un cuerpo político y establecer un gobierno. ¿Acaso porque la historia no lo atestigua estamos menos ciertos de que los guerreros de Jerges fueron niños antes de ser adultos? Hechos que regularmente han de haber ocurrido antes de la invención de la escritura no pueden constar en la historia; pero esta circunstancia no nos autoriza para negar, por ejemplo, que los fundadores de Roma y los de Venecia eran libres, iguales e independientes cuando se pusieron de acuerdo para fundar uno y otro Estado (*g*).

Ideada por vía de reacción contra la hipótesis de la fuerza, que sanciona el despotismo, la del contrato social prohija por el contrario la doctrina de la soberania de los

(*g*) Locke, *Le Gouvernement Civil*, chap. VII, § 1, VII et VIII
Rousseau, *Le Contrat Social*, liv. I, chap. VI.
Suárez, *Tratactus de Legibus*, lib. III, cap. II, (véase nota *a m*).
Janet, *Histoire de la Science Politique*, t. II, liv. III, chap. III, pag. 158 a 162, et chap. IV, pag. 184 à 191.

pueblos. Cuando ellos empezaban a protestar contra el despotismo de las autocracias, la hipótesis del contrato social llegó a tiempo a justificar, juntamente con sus protestas, toda tentativa de rebelión contra los Poderes tradicionales (*h*).

Empero, la ciencia, que no es ni liberal ni conservadora, no puede aceptar a cuenta de hechos positivos unas hipótesis tendenciosas que quitan al Estado el carácter de institución social espontánea y le atribuyen el de creación artificial, suprimible a voluntad de los pueblos. Fuera de los Estados antiguos, que nacieron en siglos prehistóricos, son innumerables los que se han formado en el mundo bárbaro a la vista de las sociedades más civilizadas; si el nacimiento de cada uno fuese obra de un contrato, sería inexplicable que además de la historia, guardara también silencio la etnografía.

El atraso intelectual de los salvajes, su imprevisión, su falta de preparación política, su desapego de las cosas de interés general son tales que la hipótesis del contrato social, sobre incorroborable, resulta inverosímil porque les supone civismo para reunirse como los ciudadanos de un pueblo culto, discreción para discutir las necesidades políticas y sociales, y competencia para esbozar esta obra, la del Estado, que se supone ser la más compleja del hombre.

No negamos nosotros que la existencia de cada Estado deba contar con el asentimiento general: no sería obra social si la sociedad misma no prohijara su nacimiento. Lo que negamos es que los Estados nazcan por obra de convenios: si el Estado es un producto social, debe nacer por obra de necesidades sociales, que al hacerse sentir produzcan la común conformidad (*i*).

En verdad, estas hipótesis, que suponen hechos imaginarios para explicar hechos positivos, más bien han obscurecido que no aclarado el problema de los orígenes del Estado.

(*h*) Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico,* cap. I, pag. 14.

(*i*) Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional,* t. I, lib. II, cap. II, págs. 81 a 87.

Si para resolverlo recurrimos, como en todos los problemas de las ciencias experimentales, a la directa observación de los hechos, llegamos sin mayor entorpecimiento a una solución que sin duda no se conforma con las doctrinas preconcebidas, pero que en cambio se funda en la realidad de las cosas.

Garantiza la eficacia de este procedimiento la circunstancia de haber existido en todos los tiempos de la historia, hasta nuestros propios días, sociedades sin organización política, donde viajeros de los pueblos cultos, desde Heródoto adelante, han observado directamente los primeros indicios de la organización del Estado. Cuando las observaciones manifiestan que donde quiera que impera un determinado estado social se repiten unos mismos hechos, estamos autorizados para inferir conclusiones generales que por lo menos tienen el carácter de hipótesis científicas. Averigüemos si ellas dan alguna luz sobre los orígenes del Estado.

§ 63. Hemos hecho notar mas arriba (§ 50) que en las sociedades más atrasadas imperan usos, prácticas y costumbres que son acaso más inviolables que las leyes y que desempeñan la función de verdaderas normas jurídicas. Entre las costumbres de los salvajes, no es sin duda la menos notable, en una vida ordinaria de violencias, la de tributar **respeto y veneración a la ancianidad.**

Entre los aborígenes de Chile, el más anciano de cada tribu o *parcialidad*, llevaba la voz, ocupaba el primer asiento y era mirado por todos « con algún género de atención ». Según Ercilla, la voz del viejo Colocolo prevaleció en el Consejo de caciques, reunido para elegir un general; y según Rosales, el anciano Liempichum impidió en otra ocasión que sus compatriotas apelasen a las armas (*j*).

(*j*) Córdoba y Figueroa, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XIV.

Según Azara, en el Río de la Plata se llamaba también *parcialidad* al conjunto que entre los Pampas formaba el cacique con su gente. Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 42.

Ercilla, *La Araucana*, canto II.

Rosales, *Historia de Chile*, t. III, lib. VII, cap. II, pág. 21

Cuando los ingleses llegaron a colonizar la Australia, cada tribu tenía a su cabeza un *beanna*, que quiere decir *patriarca* o *anciano;* y los viejos eran tan considerados que se les reservaban las mejores raíces de las yerbas y las carnes más tiernas de los animales (*k*). En ciertos pueblos atrasados de la India, donde no hay más gobierno que el de las asambleas, éstas se componen exclusivamente de los ancianos de cada tribu (*l*).

En las Marianas, la jefatura de cada caserío, cuyos vecinos todos pertenecían a una misma tribu, correspondía a un *maga-lahi*, que quiere decir jefe de familia, patriarca, hombre anciano (*ll*).

Así mismo, entre los kirguizes de la Rusia asiática, el jefe de tribu se llama *ak-sakal*, que vale tanto como *barba blanca* (*m*); y entre los slavos meridionales, el anciano goza de grandes consideraciones sociales. « Sin respeto por la vejez, no hay salvación », dice un proverbio servio. « El padre es para el hijo un dios terrestre », dice otro (*n*).

El mismo respeto se tributaba a los ancianos en el seno de los pueblos antiguos. De los egipcios y de los lacedemonios lo atestigua expresamente Heródoto (*ñ*); y respecto de los israelitas, las leyendas bíblicas conservaron el recuerdo de la grande autoridad moral que los patriarcas ejercieron; y es sabido que hasta los tiempos históricos el *Sanhedrin* fué un Consejo de Ancianos.

Agreguemos que, según Strabon, los albaneses profesaban sumo respeto a los ancianos, independientemente del que profesaban a sus padres (*o*).

(*k*) Freycinet, *Voyage autour du monde*, t. II, pag. 782. Salvado, *La Australia*, 3ª Parte, cap. IV, pág. 311.

(*l*) Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 163.

(*ll*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 474.

(*m*) Dinsgelstedt. *Le Régime patriarchal des Kirgiz*. pag. 10.

(*n*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chapitre VIII, pag. 327.

(*ñ*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. II, cap. LXXX.

(*o*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. XI, chap. IV, pag. 410.

La práctica primitiva de vincular funciones públicas determinadas a la ancianidad ha quedado impresa en la terminología administrativa de muchos pueblos. Por obra de una trasposición espontánea, aplican ellos al funcionario el calificativo que originariamente no conviene más que al hombre. Así, en Australia, donde la jefatura de cada tribu corresponde siempre a un anciano, a un *beana*, los indígenas han convertido este calificativo en título, llamando *beana* al gobernador inglés, aun en los casos en que él cuenta pocos años de edad (*p*).

De trasposiciones análogas encontramos numerosos ejemplos en la etnografía y en la historia. En la Rusia slava, observa Laveleye, la noción de la autoridad se confunde con los de la paternidad y de la edad. *Starosta* significa el *anciano; starskina, más anciano;* y al emperador se le llama *padre*. Así mismo, entre los aztecas, el rey era llamado *Tlaca-Tecuhtli,* que significa *abuelo* o *sabio anciano* (*q*).

En la Antigüedad hubo numerosos casos de análogas trasposiciones. Según Strabon, los macedonios llamaban *peligonos* a sus magistrados, y los lacedemonios y los masaliotas daban el nombre de *gerontas* a los suyos: ambas palabras significan *anciano* (*r*). En Creta, los cónsules se denominaban *Bosmoyn*, que vale tanto como *anciano distinguido*, y no otro era en Esparta el sentido de la palabra *embajador* (*s*). Así mismo, en Israel los jueces se llamaban *ancianos* (*t*).

Entre los bárbaros invasores, la ancianidad era sobre

(*p*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 782.

(*q*) Nadaillac, *L'Amerique Prehistorique*, chap. VI, pag. 309 et 315. Laveleye, *De la Propriété*, chap. II, pag. 25.

(*r*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, fragment 3°, pag. 71.

(*s*) Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monarquico*, lib. IV, capitulo XVIII, pág. 452.

(*t*) *Deuteronomio*, cap. XIX, § 12, cap. XXI, § 19, etc. Thonissen, *Droit Criminel des Peuples Anciens*, t. I, pag. 214.

modo venerada; así lo deja colegir la idea de distinción honorífica que se atribuyó a la voz *señor* (de *senex* y de *sennior*) y que en parte ha conservado hasta nuestros días (*u*). Análogamente, según se ha observado, las voces *ealdorman, elder, presbyter, señor, monseñor, sir, scheikh*, etc., etc., han significado originariamente *hombre anciano*, y en razón de la consideración que daban o de las funciones que se desempeñaban, se han convertido o bien en términos honoríficos o bien en títulos de funciones que hoy se pueden confiar a jóvenes o viejos, indistintamente (*v*).

Empero, de las voces antiguas cuyo sentido originario,

(*u*) El uso de la palabra *señor* para dirigirse al interlocutor parece haberse introducido o por lo menos generalizado en Roma cuando los emperadores adoptaron la pompa oriental que traía consigo el servilismo de los cortesanos. En los tiempos de la República, los romanos se trataban de tú y el mismo tratamiento daban a los magistrados superiores.

De Augusto, dice Suetonio: «Siempre tuvo horror al título de *señor*... Estando un día en el teatro, y habiendo dicho un actor: «Oh, señor equitativo y bueno!» todos los espectadores aplicaron estas palabras a Augusto y aplaudieron con entusiasmo; pero él contuvo en seguida con la mano... estas indecorosas adulaciones y a la mañana siguiente las censuró en severo edicto. Prohibió también a sus hijos y nietos darle jamás este tratamiento ni aun en juego». Suetonio, *Octavio Augusto*, LIII.

Esto cambió más tarde. «Lorsque les souverains de Rome eurent perdu de vue le sénat et leur ancienne capitale, ils oubliérent aisément l'origine et la nature du pouvoir que leur était confié... Si le souverain se fit toujours appeler *imperator*, ce mot fut pris dans un sens nouveau et plus relevé. Au lieu de signifier le général des armées romaines, il designa le maître de l'univers. Au nom *d'empereur*, dont l'origine tenait aux institutions militaires, on en joignit un autre qui marquait davantage l'esprit de servitude. La dénomination de *seigneur* ou *dominus* exprimait originairement, non l'autorité d'un prince sur ses sujets, ni celle d'un commandant sur ses soldats, mais le pouvoir arbitraire d'un maître sur des esclaves domestiques. Considéré sous ce vil aspect, les premiers Césars rejetèrent ce titre avec horreur. Leur résistance devint insensiblement plus faible et le nom moins odieux. Enfin, la formule de *notre Seigneur* ou *Empereur*, fut adoptée par la flaterie». Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t, I, chap. XIII, pag. 230.

(*v*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. I, pag. 37.

hoy perdido y olvidado, pone de manifiesto la preeminencia que antes se atribuyó a los ancianos, ninguna más importante que la de *Senado*. Formada sobre la base de la raiz *senex*, anciano, esta voz deja adivinar por sí sola que el Senado romano fué en sus orígenes un Consejo de Ancianos; y en conformidad con el sentido etimológico de la palabra, debemos tener por cierto que originariamente se dió el nombre de *senador* al anciano que tenía asiento en este Consejo. Al presente, no se tiene cuenta del significado para aplicar el nombre; aun cuando no se componga de ancianos, un cuerpo del Estado puede llamarse *Senado*, y los miembros del Senado se llaman *senadores*, aun cuando sean jóvenes.

Si la veneración espontánea eleva a los ancianos en el concepto social y en la jerarquía del Estado, las prerrogativas de la paternidad les dan en el orden doméstico, en su calidad de patriarcas o caciques, una autoridad incontrastable. Entre los araucanos el cacique tenía sobre los suyos derecho de vida y muerte, y no se estimaba criminoso que el padre matara a su hijo, o el marido a su mujer, porque el homicida no hacía en uno y otro caso más que derramar su propia sangre. Igualmente, entre los slavos, el patriarca gobierna su casa como amo absoluto, y nadie, ni aun el juez imperial, tiene facultades para intervenir en ella. Su cabaña reune a la vez los caracteres de una fortaleza y de un templo, y los actos que dentro de ella se ejecutan están substraídos a la jurisdicción de todo extraño (*x*).

Lo mismo pasa en la India: aun cuando el gobierno inglés nunca ha reconocido la jurisdicción omnímoda de los patriarcas, es el hecho que ellos gobiernan sus familias despóticamente, que mantienen sus hogares rodeados de im-

---

(x) Hepworth-Dixon, *La Russie Libre*, chap. XXXVII, pag. 268. Olivares, *Historia de Chile*, pag. 45.

«Los padres de familia, dice Molina, no están sujetos a ninguna pena cuando matan a sus hijos y mujeres, porque por sus estatutos están declarados dueños naturales de sus vidas». Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pag. 64.

penetrable misterio y que sin su expreso consentimiento ninguna persona de sangre extraña se atreve a violar el recinto doméstico. Los antiguos aforismos jurídico-morales, que la *casa del inglés es su fortaleza* y que *cada cual es rey en su casa*, son sin duda reminiscencias de un régimen análogo que primitivamente ha de haber imperado en la sociedad inglesa (*y*).

Entre los armenios el jefe de familia tenía dentro de su hogar autoridad tan ilimitada que impunemente podía matar a su mujer, a sus hermanos solteros, a sus hijos (*z*); y entre los osetas del Cáucaso, la potestad del padre sobre sus hijos es tan absoluta que él puede donar y vender los recién nacidos (*a a*).

Dareste dice que el derecho primitivo de Irlanda reconocía al rededor de cada casa un perímetro de autonomía y protección, cuya amplitud variaba con la calidad de las personas: para el jefe ordinario el diámetro del terreno medía un tiro de ballesta; para el rey, 64 tiros. Cuando un extraño penetraba en su recinto, quedaba bajo el amparo y la autoridad del dueño de casa (*a b*).

Entre los antiguos germanos, cada *gens* era gobernada despóticamente por su respectivo patriarca. Ningún extraño, ni aun el que administraba la justicia penal, podía franquear sin su permiso la línea divisoria de la tierra *sálica* o solar de familia (*a c*).

En Roma se conceptuaba tan inviolable el domicilio que su violación constituía sacrilegio y el *pater familiae* estaba armado de tan ilimitada autoridad que hasta época muy moderna tuvo sobre los suyos derecho de vida y de muer-

---

(*y*) Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, IV, pag. 150.

(*z*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, t. II, VI, pag. 120.

(*a a*) Dareste, ob. cit., pág. 144.
Olivares, *Historia de Chile*, lib. I, cap. X.

(*a b*) Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, t. II, VI, pag. 370.

(*a c*) Sumner Maine, *Études sur l'Histoire du Droit*, t. III, pag. 107.

te (*a d*); y respecto de Israel, las leyendas mosaicas conservaron reminiscencias de una época en que los patriarcas mandaban aplicar la última pena a personas de su dependencia (*a e*).

Como quiera que el patriarcado se funda en la consanguinidad, el patriarca es generalmente hereditario y su jurisdicción jamás se extiende fuera del círculo de su *gens* o parentela (*a f*). Los autores que, desde Platón adelante, han pretendido convertir al patriarca en jefe político nunca

(*a d*) Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. II, chap. VI.

Denys d'Halicarnase, *Antiquites Romaines*, t. II, liv. II, chap. VIII, pag. 56 à 59.

(*a e*) *Génesis*, XXXIII, § 24.

(*a f*) «Los caciques, dice Rosales, son las cabezas de las familias y linages, de modo que no tiene *un cacique que le reconozca más de los de su linage*». Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXIII, página 137.

Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, lib. III, cap. VI, § I.

El carácter hereditario del patriarcado, inherente a la naturaleza de esta institución espontánea, ha sido notado por innumerables viajeros. «Aunque los caciques o capitanes Pampas, dice Azara, heredan de su padre este empleo o dignidad, la pierden también si los indios encuentran otro que les dé pruebas de mayor talento, astucia y corage». Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Rio de la Plata*, t. I, capítulo X, § 42.

«El *cacicazgo* es, entre los guaraníes, una especie de dignidad hereditaria como nuestros mayorazgos». Azara, ob. y loc. cit., § 54.

Entre los guanás, «tienen la costumbre de que el primogénito del cacique sea reputado por cacique, viviendo el padre de todos los que nacen algunas lunas antes y después que él». Azara, ob. y loc. cit., § 75.

Entre los senekas, el *saquem* de cada *gens* «debe elegirse en la misma gens, y sus funciones son hereditarias en el sentido de que deben ser ocupadas en seguida de nuevo en caso de quedar vacantes. El jefe militar podía elegirse fuera de la *gens*, y a veces hasta faltar por completo». Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*, cap. III, pág. 152.

Entre los araucanos, los *Toquis* o generales eran electivos; los *Ulmenes* o patriarcas, hereditarios. Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág. 63.

Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 242 y 243.

Bunge, *Historia del Derecho Argentino*, t. I, pág. 99.

se han curado de explicar cómo puede suceder que se avengan a prestarle obediencia las personas de sangre extraña que han de formar la porción más considerable del pueblo.

Sea una u otra la posición política que en los Estados semi-civilizados ocupan los ancianos, la verdad es que en los más atrasados, donde no hay más cargos públicos que los militares, jamás se vinculan a la mayor edad las funciones activas de las jefaturas. Una cosa es que se les respete y se les oiga, y otra que se les confíe el mando y se les obedezca; y el que un patriarca tenga autoridad absoluta sobre sus consanguíneos no implica en manera alguna que tenga ni siquiera una sombra de jurisdicción sobre los extraños.

Córdoba y Figueroa atestigua que entre los aborígenes de Chile, donde el patriarca tenía derecho de vida y de muerte sobre los suyos, los de cada parcialidad miraban al más anciano «con algún género de atención, no subordinación» (*a g*); y Molina corrobora aquel testimonio observando que «los *toquis* (esto es, los jefes militares) no tienen más que la sombra de la soberanía», y que aun cuando los *ulmenes*, «engolosinados con el dominio, quisieran ampliar su autoridad y gobernar como absolutos dueños» .... el pueblo que no está todavía en estado de sobrellevar el despotismo, huye de sus pretensiones y les obliga a contenerse dentro de los límites prescriptos por la costumbre (*a h*).

De los indígenas de la bahía de Castries y de los de la isla de Segalien, dice La Pérouse que no reconocían jefe ni autoridad, pero que la dulzura de sus costumbres y el respeto que guardaban a los ancianos neutralizaban en gran parte los inconvenientes de esta anarquía (*a i*).

En Nueva Zelandia, cada tribu no era en cierto modo

(*a g*) Córdoba y Figueroa, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XIV.

(*a h*) Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág. 63.

(*a i*) La Pérouse, *Voyage*, t. III, pag. 67.

más que una gran familia que vivía sometida a un jefe, esto es, a un patriarca a quien se tributaba deferencia y respeto más bien que verdadera obediencia; en Nuka-Hiva, los indígenas vivían, al tiempo del descubrimiento, bajo la mano de patriarcas que, no obstante su carácter hereditario, carecían de autoridad para imponerse y gobernaban con su simple influjo personal (*a j*); y por último, según Nordenskiold, en el Chaco boliviano, la autoridad de los jefes es muy grande entre los chanes y los chiriguanos, tribus semi-civilizadas, pero es meramente nominal entre los chorotis y los ashluslayos, que permanecen en estado de barbarie (*a l*).

En una palabra, los ancianos de los pueblos primitivos no están investidos como tales de parte alguna de la autoridad pública; actúan como consejeros, no como gobernantes; como mediadores, no como jueces; y si se les pide parecer sobre la conveniencia de tal o cual empresa, no se les confía ni su dirección, ni su ejecución.

§ 64. Aunque los datos precedentes manifiestan de manera patente que en las sociedades más atrasadas no está armado el anciano de autoridad jurídica ni política, sino que goza de cierta preeminencia moral, se ha pretendido en el último siglo fundar en ellos la renovación de la antigua y discutida hipótesis que atribuye al Estado origen patriarcal. Conviene estudiar esta doctrina antes de proseguir nuestras dilucidaciones etnográficas.

Para fundar el Estado en el patriarcado, esta doctrina supone que por efecto del desarrollo espontáneo, la familia se convierte en parentela, la parentela en tribu y en nación la tribu. Sentado este principio, supone como consecuencia que por obra de la misma evolución, así como el padre de familia asume el papel de patriarca respecto de todo la parentela, así el patriarca asume el de jefe res-

(*a j*) Rienzi, *La Oceanía*, t. II, pag. 211, y t. III, pág. 133.

(*a l*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 30, et chap. XIV, pag. 200.

pecto de la tribu, y el jefe de la tribu, el de rey respecto de toda la nación. Por consiguiente, según esta doctrina, la sociedad política no es algo esencialmente diferente de la sociedad doméstica; es un simple desarrollo; y correlativamente, la potestad política se funda en la potestad patria, el soberano actúa como directo sucesor del padre, y a los pueblos no corresponde en el Estado otra condición jurídica que la que corresponde a los hijos en el hogar (*a ll*).

Forjada esta hipótesis por Platón, impugnada a fondo por Aristóteles y renovada tres siglos después por Cicerón, fué en seguida reforzada en las naciones cristianas por las leyendas bíblicas relativas al Estado patriarcal, y en la Edad Moderna, desde Filmer (año de 1680) adelante, se granjeó la importante adhesión de los jurisconsultos realistas, para quienes la teoría de la autoridad paternal tenía la doble ventaja de imponer a los monarcas la obligación de la bondad y la de la obediencia pasiva a los pueblos.

Por último, en la Edad Contemporánea, cuando el derrumbe de la monarquía absoluta parecía haber envuelto en los escombros las doctrinas jurídicas que la habían sustentado, muchos y muy eminentes pensadores han creído que una vez eliminada la hipótesis del derecho natural, era fuerza prestar asenso a la del origen patriarcal del Estado (*a m*). A juicio de Sumner Maine, que fué sin

---

(*a ll*) Platón, *Les Lois*, liv. III, pag. 82 et 83.

Bovadilla dice: «Equipárase la Política a la Económica, que trata del gobierno de la casa, porque la familia bien regida es la verdadera imagen de la República, y la autoridad doméstica semejante a la autoridad suprema, y el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la República». De aquí se infiere que el que no sabe gobernar su casa mal sabrá gobernar la República... porque la casa es una pequeña ciudad, y la ciudad es una casa grande; y cuanto al gobierno, la casa y la ciudad solo difieren en la grandeza». Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. I, lib. I, cap. I, pág. 13.

Posadas, *Tratado de Derecho Político*, t. I, vol. I, pág. 189 a 193, edición de 1915.

(*a m*) Platon, *Les Lois*, liv. III, pag. 82 et 83.

Ciceron, *Les Devoirs*, liv. I, chap. XVII.

28

duda uno de los juristas más científicos que la humanidad ha producido, esta hipótesis no había caído transitoriamente en descrédito sino por efecto de una circunstancia accidental, cual es, la de que la mayor parte de los investigadores han sido libre-pensadores que a toda costa han querido fundar sus sistemas jurídicos independientemente de las leyendas bíblicas (*a n*).

Por grande que sea la autoridad científica de estos pensadores, nos será lícito observar que en los últimos años han quedado definitivamente eliminados algunos de los hechos que han servido de fundamento a su doctrina. Como bien lo observó el mismo Sumner Maine, la hipótesis pa-

Goguet, *Origine des Lois*, etc, t. I, liv. I, pag. 22.

Rousseau, *Le Contrat Social*, liv. I, chap. II.

Pufendorf, *Le Droit Naturel et de Gens*, t. II, liv. VII, chap. I, § V.

Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, pag. 398, et t. V, pag. 122.

Comte, *Systeme de Politique Positive*, pag. 170, 181 et 273.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VII.

Tarde, *Les Transformations du Pouvoir*, chap. II.

Janet, *Histoire de la Science Politique*, t. II, liv. IV, chapitre II pag. 308.

Como lo manifiesta Janet en la parte citada de su obra, Filmer sostenía que el Poder Público es una herencia de la potestad patriarcal de nuestro padre Adán. Contra esta doctrina había de antemano alzado su voz el padre jesuíta Suárez, uno de los talentos más vigorosos que en la orden de San Ignacio han florecido, haciendo ver que Adán tuvo *potestatem oeconomican, non politicam*; que la *potestas dominandi seu regendi politice homines, nulli homini in particulari data est immediate a Deo*, sino que ha sido por él depositada *in hominum collectione*; y que no teniendo ninguno potestad para gobernar a los demás, sólo por obra del consentimiento común ha podido llegar la multitud a formar un cuerpo político, esto es, un Estado con gobernantes y gobernados. Suárez, *Tractatus de Legibus*, lib. III, cap. II.

Si la doctrina atribuída a Filmer, publicada en 1680, había sido extractada y refutada por Suárez en su *Tratado de las Leyes*, cuya licencia para imprimir aparece fechada en 1613, evidentemente sólo por error se ha atribuído dicha doctrina a Filmer.

(*a n*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. I, pag. 116.

triarcal supone que el origen plásmico de la sociedad política es la familia, que la agregación de familias forma la *gens* y la de *gentes*, la tribu, la cual por efecto de su desarrollo espontáneo (es lo que se deja entender) se convierte en pueblo y nación (*a ñ*). Corriendo parejas con el desarrollo concéntrico del grupo plásmico, el padre se convierte en patriarca, el patriarca en jefe, el jefe en rey. Tal sería en el fondo el proceso de la derivación del Estado. No habría simplicidad igual. Sin recurrir para nada a las causas sociales, el simple desenvolvimiento demográfico nos explicaría la formación originaria del organismo político.

Desgraciadamente, el hecho fundamental, cual es la existencia de la familia antes de la *gens*, no se ha comprobado todavía. Sin duda, merced a un débil esfuerzo de abstracción, podemos reconstituir imaginariamente en cualquiera tribu salvaje, el grupo natural que llamamos *familia*, compuesto del padre, la madre y los hijos. Sin duda en algunos países salvajes donde escasean los frutos espontáneos o donde empieza la apropiación individual del suelo, se suelen encontrar familias que viven aisladamente, o más bien grupos que por su pequeñez se asemejan a las familias. Empero, en la mayor parte de los países salvajes, la familia no existe realmente porque las prácticas tan generales de la promiscuidad y la poliandria no la dejan formarse; y cuando por excepción se la encuentra en Australia, en la Tierra del Fuego y en otros países, no constituye ella una institución jurídica, sino un grupo material formado por la simple cohabitación, inepto para servir de fundamento al Estado. Por otra parte, los peligros que amagan la vida primitiva son tan graves que las familias aisladas no siempre pueden contrarrestarlos. La imperiosa necesidad de la común defensa las precisa a mantenerse unidas por los lazos de la solidaridad, aun en aquellos casos

(*a ñ*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 121.
Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VII, pag. 256, 260 et 264.

en que la escasez de los alimentos las induce a dispersarse materialmente. Bajo la presión de estas circunstancias, se desarrolla el derecho gentilicio sin el menor peligro de que nazca para hacerle competencia el derecho de familia. No hay derecho hereditario porque la propiedad se posee colectivamente, y los habitantes de cada territorio no tienen derechos y obligaciones como miembros de tales o cuales familias sino como miembros de tal o cual *gens* o tribu. De consiguiente, podemos concluir que bajo el respecto jurídico, la *gens* a veces, a veces la tribu, es el grupo plásmico más pequeño que se encuentra en los países salvajes (*a o*).

Cuando algunos autores pretenden fundar el Poder Público en la potestad patriarcal, indeliberadamente atribuyen al jefe natural de la familia primitiva la misma preeminencia y funciones domésticas que corresponden al de la familia civilizada. Es este un error de perspectiva ocasionado por la falsa posición del observador.

Ya al discutir los métodos propios de las investigaciones

(*a o*) Baez. *Introduccion al estudio de la Sociologia*. pág. 126. Cornejo. *Sociologia General*. t. I. pág. 161 a 180.

Westermarck sostiene que en los países más salvajes los hombres son monógamos y las familias viven generalmente aisladas. Véase su obra *Origines du Mariage*. chap. III. En otra obra que de años atrás venimos componiendo, nosotros creemos dejar bien probado que esta doctrina de Westermarck se funda en hechos aparentes más que reales. Para aceptar la opinión de este sabio profesor hay que desconocer la veracidad de centenares de fidedignos testimonios antiguos y modernos que acreditan hechos contrarios.

Con referencia al régimen conyugal de los indígenas de Hawai, dice Giraud-Teulon: «La consanguinité indiquée par les nomenclatures ne réveille pas l'idée de relations d'individu à individu, mais celles d'une parenté spécifique ou générale d'un individu avec une horde entière. L'enfant, avant de se voir rattaché par des liens directs à son pére oú à sa mére, aurait été affilié à l'ensemble du groupe oú le hasard l'avait fait naître: il aurait eu pour *parent* la tribu entière; ses péres auraient été tous les hommes d'âge mûr; ses mères toutes le femmes de la communauté qui auraient pu lui donner le jour». Giraud-Teulon, *Origines du Mariage et de la Famille*. chap. II. pag. 69.

sociales (§ 11), advertimos con la autoridad de Spencer y Sumner Maine cuán grave es el peligro que se corre siempre que se pretende explicar instituciones y fenómenos de las sociedades primitivas en vista de lo que son las instituciones y los fenómenos similares de las sociedades civilizadas. Para evitar en lo posible los errores, hay que tomar muy en cuenta las diferencias de grados sociales que indefectiblemente implican una diversidad más o menos profunda de los conceptos jurídicos. El estudio de la familia comprueba plenamente estas observaciones.

En Roma, constituían la familia todas las personas de cada casa, a saber: el padre, la madre, los hijos, los nietos, los esclavos, y por consiguiente, formaban parte de ella individuos de sangres extrañas. La misma voz *familia* que se empleaba para designar el grupo no envuelve idea alguna de institución natural formada por los lazos de la generación y la consanguinidad, porque viene de *famulus*, sirviente o esclavo. La familia era, por tanto, el grupo de personas que estaban bajo la potestad y dominio de un tercero.

En ciertas comarcas de la India, no se puede reconstituir el grupo doméstico ni aun en la forma adulterada que tuvo en Roma, porque en cada aldea se estiman y se llaman entre sí hermanos todos los habitantes. Últimamente, refiere Sumner Maine, algunos misioneros cristianos han hecho un experimento que ha consistido en formar aldeas con neófitos traídos de todas partes. Pues bien, estas personas que jamás se habían conocido, que tenían muy diferentes tradiciones domésticas y que no estaban ligadas por vínculo alguno de sangre, apenas se encontraron reunidas, se ordenaron en cofradías (*confrérie*) y adoptaron los hábitos y el lenguaje de hermanos como si realmente fuesen hijos de unos mismos padres (*a p*).

Estos hechos, que no son excepcionales, prueban que las voces, *padre, hijo, hermano,* etc., etc., no tienen en las

(*a p*) Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. VIII, page 295 et 300.

sociedades atrasadas los mismos significados que les atribuímos en las más civilizadas. Padre no es propiamente en las primeras el progenitor; es el que ejerce la patria potestad; en este sentido, el hijo emancipado era jurídicamente, tanto en Roma como en la India, padre de su propia madre. Así mismo, hijo no es el engendrado por un tercero; es el que vive bajo patria potestad. En este sentido, el esclavo y la mujer casada se contaban entre los hijos de familia de cada casa. De estos conceptos jurídicos, se infiere que en las sociedades atrasadas, el parentesco se funda menos en la sangre que en las relaciones de subordinación doméstica; que para emplear en el seno de la familia las voces *padre, hijo, hermano,* ha habido que modificar sus significados originarios equiparando la dependencia doméstica a la dependencia política, y por fin, que lejos de servir la familia a manera de modelo para el Estado, ella se ha inspirado para organizarse en los arreglos políticos.

Sobre este punto, son muy dignas de anotarse ciertas observaciones de Lubbock. Las relaciones de parentesco y de familia nos parecen ser tan naturales, dice, que nos inclinamos a creer que se fundan en la naturaleza misma. Para nosotros, por ejemplo, no se prestan a la menor duda los siguientes conceptos: que padre es un varón adulto que ha engendrado un hijo; que el hijo es tan pariente de su padre como de su madre; que el libre consentimiento es condición esencial del matrimonio; que el matrimonio debe ser un estado si no indisoluble, duradero, y que solo por excepción se pueda encontrar el tipo monstruoso de un padre o de una madre que no ame a sus hijos. Entre tanto, es el hecho que estos principios, que nos parecen ser tan absolutos y universales, fallan radicalmente en las sociedades primitivas porque en su lugar imperan hábitos y costumbres que repugnan a la institución de la familia tal cual la comprendemos en los pueblos civilizados. Aun cuando no admitamos que la promiscuidad absoluta sea el estado primitivo de todas las sociedades, ello es que en las más atrasadas el matrimonio se celebra, se disuelve y se reanuda sin condiciones, formalidades ni plazos; que el rapto violento

es en ellas el medio más honroso de tomar mujer; que en ellas es muy frecuente el matrimonio de una mujer con varios hermanos, el de hermanos con hermanas, el de los padres con sus hijas; que los más de los salvajes desconocen la paternidad, determinada solo por inducción, y no reconocen más que la maternidad, hecho materialmente observable; que por la misma causa, a menudo el hijo no conoce ni hereda al padre, ni recibe su nombre; que en la generalidad de las tribus salvajes, el infanticidio es tan general que en algunas las dos terceras partes de los niños mueren asesinados por sus padres; y por último, como consecuencia general, que los hábitos de respeto filial y de patria potestad, que se suponen origen de la organización política, no se forman sino tardíamente, cuando ya el organismo del Estado está muy desarrollado (*a q*). ¿Cómo, entonces, una familia que no tiene unidad ni cabeza, que en

(*a q*) Lubbock, *Les Origines de la Civilisation*, chap. III, IV y X, appendice II.

Bagehot, *Lois scientifiques du Developpement des Nations*, liv. II, § II, pag. 123 et 149.

Rosales, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XXIV.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VII, pag. 268 et 269.

De los padres charrúas, dice Azara, que «nada mandan, enseñan ni prohiben a sus hijos, ni éstos respetan ni obedecen a los padres sino en lo que quieren, haciendo siempre lo que se les da la gana sin respeto ni sujeción». Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 19.

Los minuanes del Uruguay «tienen de muy singular, dice Azara, el que los padres siempre cuidan de los hijos hasta desmamarlos. Entonces los entregan a algún pariente sin volverlos a admitir en su casa ni tratarlos como hijos». Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, § 30.

Sobre la incertidumbre de la paternidad, véase Starcke, *La Famille Primitive*, deuxième partie, chap. I et II.

Conviene advertir que muchas de las conclusiones de Lubbock han sido impugnadas por Westermarck, sabio profesor finlandés, en su obra *Origines du Mariage dans l'espéce humaine*. Por nuestra parte, creemos que con ciertas rectificaciones, más o menos importantes, las conclusiones de Lubbock quedan subsistentes.

los países salvajes vive dispersa o a lo menos sin relaciones jurídicas, cuyos miembros se miran a menudo como extraños, donde no puede haber ni autoridad, ni dependencia fundadas en la generación porque los padres y los hijos se desconocen, ¿cómo, decimos, podría ser origen del estado?

A nuestro juicio, la hipótesis patriarcal habría quedado enterrada para siempre en la Antigüedad si en los siglos modernos, cuando se hubo eliminado la del origen divino del Poder Público, no se hubiera sentido la necesidad de dar fundamento plausible a la monarquía absoluta. Para investir a los reyes de autoridad paternal, que es la más arbitraria y funesta para los pueblos, se les supuso directos herederos de los patriarcas y se asimiló la sociedad civil a la sociedad doméstica. Pero no hay tal herencia ni tal analogía. La autoridad paterna, instituída para suplir la inexperiencia de los hijos, es transitoria porque solo dura hasta que ellos alcanzan su completo desarrollo y es inevitable porque los menores no pueden ni cambiarla ni substraerse a ella; la autoridad política, que se ejerce sobre el pueblo entero, es permanente, pero se puede cambiar por voluntad de los súbditos. La subordinación doméstica se funda en la filiación; la subordinación política, en la necesidad del orden. La sociedad doméstica se mantiene unida por los vínculos de la sangre; la sociedad política, por los del territorio y el derecho. El fin de la familia es la reproducción; el del Estado la conservación y el desarrollo del orden. Por consiguiente, para emplear los términos de Aristóteles, la diferencia no es, como se ha supuesto, de menos a más, sino esencialmente específica (*a r*).

Empero, cuando tantos y tan altos pensadores han sostenido el origen patriarcal del Estado, sería aventurado creer que esta doctrina carezca en absoluto de fundamento positivo. Hay sin duda hechos que parecen justificarla. Segun

(*a r*) Aristóteles, *La Politique*, liv. I, chap. I.
Locke, *Le Gouvernement Civil*, chap. XIV.
Bluntschli, *Theorie generale de l'Etat*, liv. II, chap. XIX

se viene observando desde la Antigüedad, el régimen patriarcal ha precedido en muchas partes al régimen político, por manera que en ellas el Estado aparece como simple derivación del patriarcado. El mismo Platón, que no necesitaba la base de los hechos para construir sus fantasmagorías políticas, porque le bastaba su fecunda imaginación, atestigua que entre los bárbaros, y que aun entre los griegos, quedaban vestigios de los cuales se infería que en los primeros tiempos, no se había conocido más gobierno que el de los patriarcas (*a s*). No obstante estos hechos, nos atrevemos a creer, amparados bajo la autoridad de Spencer, que esta doctrina se funda en una imperfecta observación, tanto de las sociedades realmente primitivas cuando de las circunstancias que generan el Poder Público (*a t*).

Sin duda en muchas sociedades, especialmente en algunas de natural manso y pacífico, se ha retardado la constitución del Estado hasta una época en que el patriarcado se encontraba en pleno florecimiento. Pero si no podemos sostener que un fenómeno sea causa de otro por el hecho de que el primero (verbigracia, el día) preceda siempre al segundo (la noche), la general precedencia del patriarcado no nos autoriza para concluir que él sea el origen del Estado. En el orden natural, nada hay más falso que el aforismo latino: *post hoc, ergo propter hoc.*

Para sostener que la potestad política se deriva de la potestad patriarcal, no basta probar la precedencia del patriarcado; precedencia que por lo demás, no siempre ha existido. Es indispensable citar casos comprobados en que un hombre aparezca acatado como gobernante por el pueblo entero en mérito de ser patriarca de una simple tribu. Pero casos de esta naturaleza nunca se han citado, y creemos que no se han de encontrar en la vida de las sociedades porque el carácter de patriarca, que da a un anciano autoridad sobre sus agnados, ha de ser ordinariamente un óbice para

---

(a s) Platón, *Les Lois*, liv. III, pag. 81.

(a t) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 450 et 475.

que se sometan a ella los individuos de sangre extraña. Los patriarcas mismos han de mirar con antipatía la institución de la jefatura política, que si no les pone en condición subalterna, por lo menos les hace sombra y competencia. En una palabra, así como nunca se vió que por obra de su solo desarrollo espontáneo, una tribu se convirtiera en pueblo y mucho menos en nación, tampoco se vió jamás que un patriarca se convirtiera, por efecto del desarrollo espontáneo de la consanguinidad, en jefe y mucho menos en rey (*a u*).

§ 65. ¿Cuál es, pues, el origen del Estado?

Al impugnar la hipótesis que supone ser la fuerza el origen del Estado, dejamos establecido que a pesar de este rechazo, se debe entender que la coacción es un elemento jurídico indispensable a toda organización política (*a z*).

Así mismo, al impugnar la hipótesis del contrato social,

(*a u*) Gumplowicz, *Précis de Sociologie*, pag. 181 et 197.

Aquellos sociólogos que desde Bachoffen o Giraud-Teulon vienen sosteniendo que el matriarcado es una fase de la organización de la familia que siempre precede al patriarcado aducen otros argumentos para demostrar cuán imposible es que el Poder Público se derive de la potestad patriarcal. La tradición, observa Giraud-Teulon, que supone que las sociedades de los tiempos heroicos fueron gobernadas por monarcas cuyo valor se habría derivado de la patria potestad parece haber antidatado la era de las monarquías. Si la autoridad del *basileus* se deriva de la del patriarca, tal fenómeno no se puede efectuar sino cuando de antemano se ha incorporado en el régimen de la familia el parentesco agnático. Entre tanto, es la verdad que en las sociedades más atrasadas no se conoce más parentesco que el de la línea femenina, y que la agnación, con su más directo fruto, cual es el patriarcado, solo se establece en estados sociales más o menos adelantados. En apoyo de esta doctrina, observa Spencer, que, por ejemplo, entre los iroqueses no pudo derivarse el Poder Público de la potestad patriarcal porque el patriarcado, incompatible con la cognación, no alcanzó a desarrollarse en aquel pueblo.

Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage*, etc., chap. XXII, pag. 460 et 461.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 318.

Gumplowicz, *Précis de Sociologie*, pag 180 et 181.

Bunge, *Historia del Derecho Argentino*, t. I, pág. 125 a 129.

(*a z*) Ihering, *L'Evolution du Droit*, § 113 et 136.

dejamos también establecido que a pesar de este rechazo, se debe entender que el asentimiento general es otro de los elementos jurídicos que sirven de base a toda organización política.

Dados estos antecedentes, el problema, cuya solución perseguimos, queda reducido a buscar en los grados inferiores del desenvolvimiento social situaciones en que los salvajes más indisciplinados sientan espontánea e imperiosamente la necesidad de seguir y prestar obediencia a uno de sus iguales.

Pero, antes de averiguar lo que la etnografía nos dice acerca de este punto, conviene que estudiemos un fenómeno político que nos hace columbrar los orígenes primeros del Estado y que se ha repetido en el curso entero de la historia cada y cuando se han reproducido ciertas circunstancias. Sin necesidad de adquirir conocimientos muy profundos sobre la vida política de los pueblos, podemos cerciorarnos de que en todas partes la anarquía interior y las guerras extranjeras, cuando se han prolongado sobre manera, han engendrado como si dijéramos fatalmente dictaduras militares y gobiernos despóticos. En la Antigüedad, después de un siglo de sangrientas revoluciones, el pueblo más altivo y más celoso de sus libertades, el pueblo romano, acabó por confiar todos los poderes públicos al menos meritorio de sus caudillos, a César Augusto; y en la Edad Contemporánea, después de diez años de anarquía y desenfreno, el pueblo que sacrificó a un rey bondadoso y sin hiel para recuperar sus libertades, las ofreció en holocausto a un general victorioso. No hay en este sometimiento de los pueblos a la esclavitud política nada de irracional porque cuando prende la anarquía, ella propende a perpetuarse alimentándose a sí misma, y los elementos conservadores, esto es, los que necesitan de la paz para vivir y prosperar, acaban por persuadirse a que el único remedio de la situación consiste en constituir un poder absoluto que a costa del orden legal, restablezca el orden social.

Esto no es todo, porque el mismo efecto ha emanado de las guerras nacionales cuando se han repetido con mu-

cha frecuencia o cuando su duración se ha prolongado sobre manera, como que no fué otro el origen de las monarquías absolutas que florecieron en la Edad Moderna. Durante los siglos medios, las monarquías del continente europeo habían vivido muy desmedradas y en la mayor pobreza. Por un lado el feudalismo y por el otro las ciudades emancipadas, tanto por causa de su autonomía como por causa de su inmunidad, habían reducido a límites muy estrechos el poder y los recursos de la reyecía. En los Estados no se conocían ni los ejércitos permanentes, ni las contribuciones para pagar los servicios públicos. Solamente, en ocasiones excepcionales, podía el rey exigir auxilios pecuniarios; y solamente en los casos de guerra, podían ser obligados los vasallos a servir, equiparse y armarse gratuitamente por el término de no más de 40 a 90 días. Para las guerras de terruño a terruño, en rigor, no se necesitaba más.

Mas, cuando a fines de la Edad Media empezaron las grandes guerras nacionales, aquel régimen que debilitaba a los Estados, manteniéndolos desarmados y divididos en mil autonomías inmunes, se hubo de modificar radicalmente para franquear la constitución de poderes absolutos. Por de pronto, la perpetuidad del peligro impuso la necesidad de los ejércitos y de las contribuciones permanentes que robustecieron sobremanera a la reyecía; y para dar unidad a las operaciones bélicas y mantenerlas en reserva, hubo que concentrar su dirección en manos del rey sometiendo a ella los nobles levantiscos. A imitación del Papado y a iniciativa de Fernando el Católico, se instituyó, ora para procurarse amistades, ora para espiar a los enemigos, el nuevo servicio de la diplomacia, el que dirigido exclusiva y sigilosamente por la corona, dejó al real arbitrio la decisión de la paz y de la guerra, y de consiguiente, la suerte misma de los pueblos. Mientras la reyecía se fortalecía más y más, la fuerza rebelde del feudalismo que se había constituído exclusiva, pero admirablemente para la defensa local, se desprestigiaba y debilitaba de día en día porque se mostraba impotente para cooperar con la corona en la

empresa de la salvación nacional. Así fué como de las grandes guerras nacionales salieron formadas las monarquías absolutas.

Pues bien, este hecho no es un fenómeno ocasional que haya acaecido una sola vez en la vida de los pueblos. Por efecto de una ley social, las grandes guerras, así como la anarquía prolongada, propenden en todas partes y en todos los tiempos a crear jefaturas absolutas (*b a*). Según lo observa Aristóteles, durante las guerras médicas, la autoridad del Areópago, de Atenas, para gobernar el Estado se robusteció sobre manera sin que ningún decreto popular le confiriese nuevas facultades, nada más que porque había asumido la dirección de las operaciones bélicas (*b b*); y cuando Napoleón III sucumbió en Sedán, la Francia entera, aun en su parte bonapartista y monárquica, acató la dictadura ilegal de Gambetta.

Sería fácil probar, dice Mommsen, que en los tiempos de paz, el antiguo cantón de Luca era regido por un gobierno democrático y que solo en casos de guerra, los magistrados nombraban para dirigirla un rey, esto es, un jefe semejante al dictador romano (*b c*).

Por obra de causas análogas, un fenómeno parecido se efectúa día a día en las últimas gradas de la escala social. Con singular concordancia, misioneros, exploradores y viajeros atestiguan que los salvajes más indisciplinados se unen entre sí y se someten, no diremos a una autoridad, pero sí a una dirección cuando se sienten amagados por un peligro común o tentados por la esperanza de un buen botín.

La experiencia, observa un autor citado por Spencer, ha enseñado a los caribes que para vencer se necesita no solo valor sino también disciplina, y movidos por este principio, se reunen en los casos de guerra y eligen capitán que les mande. De los indígenas de Nicaragua, dice Ovie-

(*b a*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 259.

(*b b*) Aristóteles, *La République Athènniene*, § 23.

(*b c*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I. liv. II, chap. I, pag. 305.

do que «no se gobernaban por caciques e único señor», sino a manera de comunidades por un Consejo de viejos, elegidos popularmente, el cual cuando era necesario, instituía «un capitán general para las cosas de la guerra» (*b d*); y de los abipones del Paraguay, dice otro autor que no respetan a su cacique como juez ni le honran como señor, pero le siguen y obedecen como jefe militar en los casos de guerra (*b e*). En Nuka-Hiva, donde los patriarcas gobiernan durante la paz con su influjo personal más bien que con autoridad política, el jefe se hace obedecer de todos en los casos de guerra (*b f*); y en Suna, país del África Central, los warinis, que viven en estado acrático durante la paz, reconocen por jefe en la guerra al que más se distingue en los combates (*b g*).

De la misma manera pasaron las cosas entre los araucanos. Aunque en los tiempos normales sus caciques no estaban armados de autoridad alguna sobre los extraños, cuando llegaba el caso de una guerra, se elegían en juntas generales jefes a quienes prestaban obediencia todas las

(*b d*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. IV, lib. XXXXII, cap. I, pág. 36.

Costa observa que los celtíberos estaban divididos antes de la conquista romana en numerosos pueblos, cada uno de los cuales era gobernado por un régulo, pero que de vez en cuando se confederaban contra el enemigo común. «Y la federación, continúa, traía como obligada consecuencia instituciones especiales, entre otras una Asamblea federal y un rey de reyes, con poder omnímodo y dictatorial, lo mismo que en Grecia, que en la Galia, que en la Fenicia, que en América. Podemos formarnos una idea de esta institución recordando en la *Biblia* a Akis, nombrado *melek* por los *seranim* o régulos de los cananeos; en la *Iliada*, a Agamenon, elegido rey de reyes por los reyezuelos de las tribus helénicas; a Clovis, proclamado caudillo por los *Konigs* de las tribus fráncicas; o en el poema de Ercilla a Caupolican, aclamado jefe del ejército confederado por los demás *caciques* de los araucanos». Costa, *Introducción a un tratado de Politica*, pág. 252 y 253.

(*b e*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 473.

(*b f*) Rienzi, *La Oceania*, t. II, pág. 411.

(*b g*) Stanley, *Le Continent Mysterieux*, t. I, pag. 105.

tribus que habían concurrido a la elección. Michimalongo, Caupolican, Lautaro, Turcupichum, Lientur, Loncomilla, Butapichón, Pelantaro, Aillapaje, etc., etc., que en diferentes ocasiones aparecen ejerciendo el mando supremo, no lo alcanzaron por herencia en su calidad de patriarcas, sino por elección general en atención a su fuerza, a su bravura o a su astucia (*b h*).

Bagehot observa que un grado cualquiera de perfección en las instituciones políticas puede dar la superioridad en la guerra; y con el testimonio de algunos viajeros, agrega que entre las tribus salvajes, parecen llevar la ventaja aquellas que se someten a un poder monárquico más vigoroso, mientras que se muestran débiles aquellas donde rigen gobiernos multipersonales. Donde quiera, concluye, que la guerra absorbe de continuo la actividad nacional, un despotismo que dure por lo menos tanto como la campaña es indispensable porque, según Macaulay lo ha dicho muy cuerdamente, a menudo se han visto ejércitos victoriosos mandados por jefes incapaces, pero nunca mandados por asambleas deliberantes (*b i*).

En realidad, al más inexperto se le ocurre que ordinariamente no se puede hacer la guerra con probabilides de buen éxito, a no ser contra hordas indisciplinadas, como no sea dirigida por un jefe que lleve las operaciones con unidad, con energía, con rapidez y con sigilo. Cuando los expedicionarios que acompañaron a Ciro el joven, regresaban a Grecia, resolvieron elegir un jefe porque uno solo, dice Jenofonte, podría mejor que varios imponer su voluntad al ejército; si era menester mantener en reserva algún movimiento, solo el caudillo lo conocería para que no se lo divulgara, y si

---

(*b h*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I. lib. I, cap. XVIII, pág. 112 y 113.

Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. VII, pág. 120.

Alonso de Ovalle, *Histórica Relación*, lib. III, cap. II, pág. 150.

Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, cap. XXXVIII.

(*b i*) Bagehot, *Le Développement des Nations*, liv. II, chapitre III, pag. 70.

era necesario tomar la delantera al enemigo, se ganaría tiempo con la supresión de las deliberaciones. En fin, las resoluciones se ejecutarían con rapidez porque no habría que aguardar a que los estrategas las acordasen a pluralidad de votos (*bj*).

En el famoso *Discurso de la Corona*, Demóstenes explica en parte la derrota de Queronea, recordando que en Atenas nada se hacía sin la venia del pueblo, que todo se discutía en la plaza pública, y que en tales condiciones, no se podía conservar el secreto de las operaciones militares. Por el contrario, en Macedonia, Filipo era generalísimo de sus tropas, y todo lo que él juzgaba conveniente lo ejecutaba de seguida sin divulgarlo, sin someterlo a deliberaciones públicas y sin pedir la venia de nadie (*bk*).

A diferencia de los griegos, los bárbaros araucanos imitaron en una ocasión, sin pensarlo ni saberlo, los procedimientos de Filipo de Macedonia. Tratábase de organizar un levantamiento contra los invasores, y con este motivo se celebró una junta general en la cual Caupolican no sometió a la deliberación de los concurrentes más que la resolución de la guerra, y sin protesta de ninguno, se reservó el plan de operaciones y de ataque que había forjado (*bl*).

Según los datos que preceden, en las tribus salvajes, que viven ordinariamente en estado acrático, se constituyen, cuando un peligro común las amaga, autoridades que a diferencia del patriarca, por su naturaleza permanente, hereditario y agnático, son ocasionales y electivas y ejercen jurisdicción sobre el pueblo entero. En tales casos, aunque ninguna ley lo prescriba, la simple necesidad de la acción combinada y de la dirección unipersonal impone a todos la subordinación, la disciplina y la obediencia; y sin pactos previos ni empleo de la fuerza, el jefe nace ordinariamente

(*bj*) Jenofonte, *Expedition de Cyrus*, liv. VI, chap. I.

(*bk*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. V, pag. 451.

(*bl*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. III, cap. XXXI, pág. 483 y 484.

armado de facultades coercitivas que por asentimiento general se acatan con docilidad.

Este acatamiento espontáneo es tanto más de admirar cuanto que la autoridad a quien se tributa inviste a los principios carácter esencialmente transitorio, como que solo nace para conjurar el peligro y cesa por completo cuando él desaparece. Julio César atestigua que entre los germanos no había durante la paz magistrados que gobernasen, pero que cuando un pueblo quería defenderse o atacar, elegía un jefe con potestad de vida y de muerte (*b ll*). Así mismo, entre los antiguos araucanos, que durante la paz vivían bajo la autoridad puramente nominal de los *ulmenes*, no se elegían jefes armados de potestad sino en los casos de guerra «y para solo las cosas de guerra», dice un cronista (*b m*); y no de otra manera pasaban las cosas entre los charrúas del Uruguay, según Araujo, y entre los primitivos indígenas del Perú, según don Francisco de Toledo (*b n*). Análogamente, diferentes autores nos informan que en la Baja California, no reconocen jefe los aborígenes sino en los casos de guerra y solo mientras ella dura; que en las tribus de los cabezas-chatas, la autoridad de los jefes cesa con la guerra; y que en Vancouver, no tienen los caciques más función que dirigir los movimientos en las incursiones bélicas. En resumen, observa Spencer, no nace el poder público para reprimir las agresiones internas de uno a otro individuo, sino para reprimir las agresiones externas de tribu a tribu (*b ñ*).

(*b ll*) Julius Caesar, *De Bello Gallico*, lib. VI, cap. V, pág. 263.

(*b m*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXIII.

Los *toquis*, dice Olivares, son casi los únicos que mandan como lo deja entender su nombre, de *toquin*, mandar; pero «estos oficios son sin ejercicio en la paz, ni hay otro alguno que tenga jurisdicción en ella». Olivares, *Historia de Chile*, lib. I, cap. XIV.

(*b n*) Araujo, *Historia de los Charrúas*, cap. XI, pág. 67, cap. XIII, pág. 77, y cap. XIV, pág. 81.

Medina, *La Imprenta en Lima*, t. I, pág. 179.

Sarmiento de Gamboa, *Geschichte des Inkareische*, pág. 29.

(*b ñ*) Spencer, *Justice*, § 112.

Constituído originariamente el Poder Público con propósitos transitorios, de suyo se infiere que los caudillos de las sociedades primitivas, a diferencia de los patriarcas, no han de tener carácter vitalicio, mucho menos hereditario.

Está acreditado el origen electivo de los primeros jefes no solo por la etnografía, que lo ha observado innumerables veces en los pueblos más atrasados, sino también por las tradiciones más fidedignas de la Antigüedad.

Lo primero en que aparece haber sido muy político el gobierno de los mejicanos, dice Acosta, «es el orden que tenían y guardaban inviolablemente de elegir rey, porque desde el primero que tuvieron llamado Acamapich, hasta el último, que fué Moctezuma, ninguno reinó por herencia y sucesión, sino por legítimo nombramiento y elección» (*bo*).

En la Antigüedad, fué muy general el carácter electivo de las monarquías. Cuando Ciro dijo a los caduseos: «elegid por vosotros mismos según vuestra costumbre un jefe que con la ayuda de los dioses y la nuestra atienda a vuestras necesidades», claro testimonio dejó de que la jefatura suprema se proveía por elección (*bp*).

Por Aristóteles sabemos, asimismo, que los *Aesymnetas*, reyes o dictadores absolutos de la antigua Grecia, eran instituídos también por elección, ora con carácter vitalicio, ora para un objeto transitorio, y que igualmente electivos eran los dos reyes de Lacedomonia y el de Cartago (*bq*).

La auténtica historia de Roma solo empieza unos dos siglos después de la monarquía; pero es muy significativo que sus tradiciones, escrituradas por Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, atestigüen uniformemente que el cetro pasó siempre de una mano a otra, por elección o aclamación, y que nunca se dió el caso de que un hijo sucediese a su padre.

(*bo*) Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, t. II, lib VI, cap. XXIV, pág. 136

(*bp*) Xenophon, *Cyropédie*, liv. V, chap IV.

(*bq*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VI, § 20, et chap VIII, § 2, et liv. III, chap. IX, § 5.

Por elección también eran nombrados los reyes de la Irlanda céltica, y cuando no procedían a gusto del pueblo en el desempeño de sus funciones, podían ser depuestos por la Asamblea (*b r*).

Empero, no vayamos a creer que estas elecciones se hagan por votación, medio tardíamente ideado para conocer la voluntad real de los pueblos contra las imposiciones de minorías atropelladoras y bulliciosas, que aparentan mucha fuerza metiendo mucho ruido. Cuando Jornandes refiere que antes de terminadas las exequias de Teodorico, los godos proclamaron rey «al ruido de las armas al valiente y glorioso Torismundo» (*b rr*), bien deja entender que la elección se redujo a una simple aclamación.

De la misma manera procedían las demás hordas invasoras. Los reyes de cada una de ellas, que en realidad no eran sino jefes militares, se elegían sin votaciones por el pueblo entero, o sea por la asamblea general, que cuando salía a campaña, se convertía en ejército. Por obra de las circunstancias en que la proclamación se hacía, era costumbre alzar al electo sobre los hombros o sobre un escudo a fin de que toda la muchedumbre le conociera de *visu*. Así procedían los germanos, así los francos, así los godos, así los escandinavos, etc., etc. Cuando ya el régimen hereditario era antiguo en España, se decía corrientemente *alzar o levantar rey* por *proclamar rey*, y esta expresión, que en sus orígenes había tenido sentido propio, y que ya no se usaba sino en sentido figurado, se conservaba como re-

---

(*b r*) D'Arbois de Jubainville, *Le Senchus Mor*, pag. 72.

(*b rr*) Jornandes, *Histoire des Goths*, pag. 275.

En la información levantada en el Perú por don Francisco de Toledo hacia 1572, se dice: que «cuando entrellos (los naturales) salía algún indio que se señalaba más que los otros en la guerra, iba éste delante, al cual seguían todos, sin que hobiese otra manera de elección para que fuese su capitán y los mandase... y si otro se señalaba más quél le dejaban, y siempre seguían al que más se señalaba». Medina, *La Imprenta en Lima*, t. I, pág. 178.

miniscencia de la solemnidad de las aclamaciones primitivas (*b s*).

La misma condición de transitorio con que originariamente se constituye el Poder Público, al cual no se da vida sino para dirigir determinadas operaciones bélicas, nos explica la multiplicación de los interregnos en las primeras etapas de la vida de los Estados, dado que las guerras tienen siempre, aun en las sociedades inferiores, carácter de intermitentes.

Mientras en las naciones más civilizadas se tiene la continuidad del gobierno por condición inomisible de orden, de paz y de progreso, las tradiciones de los primeros tiempos, los anales de las épocas más remotas y los relatos de los viajeros atestiguan de consuno que algunos pueblos han recorrido largas etapas en el camino de la civilización antes de sancionar la perpetuidad del Poder Público.

Según el *Libro de los Jueces*, los israelitas no tuvieron gobierno permanente antes de la constitución de la monarquía. Durante un período que presumiblemente abrazó más de 500 años, se concretaron a elegir en los casos de común peligro un jefe político-militar que les condujese a la victoria, pero una vez restablecida la paz, no se curaban de darle sucesor cuando fallecía, por manera que casi indefectiblemente encontramos un interregno después de cada jefatura.

Análogamente, según las primitivas tradiciones romanas, Numa fué elegido rey después de un interregno de más de un año (*b t*), y según el *Senchus Mor*, entre los celtas irlandeses, después de la muerte del rey Coneré transcurrió un septenio entero antes de que el pueblo pensara en elegir

(*b s*) Ihering, *Prehistoria de los Indo-Europeos*, § 38.

Grégoire de Tours, *Histoire ecclesiastique de France*, t. I, liv. II, chap. XL.

Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. II, pag. 50.

Colmeiro, *Historia de la Constitucion de los Reinos de Leon y Castilla*, t. I, cap. XVIII.

(*b t*) Tito Livio, *Decadas*, t. I, pág. 32.

un sucesor (*b u*). En los Estados cultos la necesidad permanente de atender a la conservación del orden y a la administración de los intereses públicos impone la perpetuidad del gobierno.

La guerra, entonces, que tantos estragos causa en las sociedades cultas, es en las tribus primitivas así como en las más civilizadas el factor más poderoso de cohesión interna y de subordinación política. A no actuar en los corazones el temor al exterminio o la esperanza del botín, los salvajes no se avendrían a respetar ni la autoridad ni las órdenes de uno de sus iguales. En aquellas sociedades que viven siempre en paz porque las guerras o son muy difíciles, o no ofrecen incentivos suficientemente tentadores, la veneración a los ancianos, el respeto a los fuertes, la admiración a los más hábiles y astutos jamás llegan a convertirse en verdadera obediencia. Spencer cita en comprobación numerosos pueblos, verbi gracia, los esquimales, los bodos, los dhimales, los todas, los michmis, los karenses, los lepchas, etc., que nunca tienen guerras y que correlativamente viven libres y dispersos, o bien sujetos por lazos voluntarios a jefes que carecen de facultades coercitivas.

La jefatura accidental instituída para dirigir las operaciones de una guerra cualquiera es el primer órgano específico que se crea para desempeñar funciones determinadas. Por elemental que sea esta organización, en la vida política de los pueblos no hay adelantamiento alguno de mayor trascendencia porque cuando una tribu salvaje instituye un jefe, lo que hace es fundar un Estado. Si es muy discutible que en las monarquías constitucionales el rey, llamado por metonimia el *soberano*, personifique por sí solo al Estado, no cabe discusión respecto de los primeros

---

(*b u*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 442.
Cornejo, *Sociología General*, t. II, cap. VI, § II.
Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico*, cap. I, pag. 24.
Stein, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, pag. 10.
Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, LI[e] leçon, pag. 504 à 507.

jefes, que con nadie comparten el ejercicio de la soberanía (*b* v).

§ 66. En los pasados siglos, cuando la etnografía no había todavía acopiado y clasificado datos relativos a la vida primitiva de las sociedades, la ciencia política quiso saber cuál fuese el primer gobierno de los pueblos, y cuáles los orígenes de las primeras monarquías; y con la sola ayuda de las tradiciones había llegado a establecer, por hecho casi indiscutible, que la reyecía había aparecido en la etapa inferior del desenvolvimiento político antes que otra alguna forma de gobierno (*b* w).

Sin propósito preconcebido, habían conspirado a difundir este error los más antiguos historiadores. Había empezado la historia a relatar los orígenes de los pueblos

(*b* v) D'Arbois de Jubainville. *Senchus Mor.* pag. 70.

(*b* w) Aristóteles dice que de las magistraturas supremas de Atenas la más antigua fué la reyecía; que con esta forma de gobierno apareció el Estado ateniense en sus orígenes, y que más tarde se instituyó la polemarquía para suplir la incapacidad militar de algunos reyes. Aristóteles, *La République Athénienne*. § 3.

Strabon, defiriendo sin duda a la opinión de Aristóteles, dice: « Gobernados originariamente por reyes, los atenienses adoptaron con el tiempo el régimen democrático ». Strabon, *Géographie*, t. II, liv. IX, chap. I, § 20.

Cicerón generalizó el hecho afirmando que « en los tiempos antiguos todas las naciones fueron gobernadas por reyes ». Cicerón, *Des Lois*, liv. III, § II, pag. 155.

Es digno de notarse que entre los autores antiguos, Platón enseñó una doctrina diferente, a saber, que el primer gobierno fué el patriarcado y que en seguida se nombraron jefes; al patriarcado habría sucedido o la aristocracia o la monarquía. Platón, *Les Lois*, liv. III, pag. 81 et 84.

Bovadilla y en general todos los teólogos católicos sostienen en respeto a las leyendas mosaicas « que Nemrod, hijo de Chus, y nieto de Cham... fué el primero que redujo después del Diluvio los hombres a que obedeciesen a un solo rey, y él se apoderó del reino y señorío del mundo y fundó la población de Babilonia ». Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. I, lib. I, cap. I, pág. 8.

Goguet, dice que el gobierno monárquico es, sin disputa, el más antiguo y más universalmente establecido, como lo atestigua la Escritura. Goguet, *De l'Origine des Lois*, etc., t. I, pag. 20.

hacia una época en que los directos sucesores de aquellos caciques y de aquellos jefes militares y ocasionales que aparecen en las primeras etapas del desenvolvimiento político se habían transformado sin cambiar de nombre, por efecto de una evolución insensible, en jefes permanentes y hereditarios. En estas circunstancias, paralogizados por la identidad de las denominaciones, los historiadores se imaginaron ver verdaderos reyes en los simples jefes de tribu, recordados por las tradiciones. El caso del antiguo Perú, donde el título de *Inca*, que a los principios no significaba sino cacique o patriarca, quedó a la larga monopolizado por el príncipe del Imperio (*bx*), parece haberse repetido en cada una de las naciones que florecieron en la Antigüedad.

Cuando la *Biblia* nos cuenta que Abraham reunió un ejército de 318 siervos para combatir a cuatro reyes (*by*) y que en Canaán, que no medía más de 200 kilómetros de largo ni más de 160 de ancho, imperaban al tiempo de la invasión israelita más de 100 reyes, a todas luces da este nombre a simples caciques o jefes de tribus diminutas (*bz*).

Análoga observación cabe hacer respecto de los primiti-

(*bx*) Saavedra, *El Ayllu*, pág. 34.

«On avait constamment représenté le gouvernement Aztèque (dit Nadaillac) comme une monarchie héréditaire, fortement organisée et appuyée sur une noblesse également héréditaire... Les récits presque unanimes des écrivains espagnols, dominés à leur insu peut-être par les impressions ou les préjugés de leur pays, contribuèrent à établir cette légende. Les recherches nouvelles permettent au contraire de croire que le gouvernement était très démocratique et que les fonctions s'obtenaient par élection». Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 309.

(*by*) *Génesis*, cap. XIV, § 1 a 14.

(*bz*) *El Libro de Josué*, cap. XII, § 9 a 24.

El Libro de los Jueces, cap. 1, § 7.

Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, liv. I, tit. I, chap. II, § 16.

Según Morgan, el territorio de la Palestina no mide más de 200 kilómetros de largo, ni más de 160 de ancho, o sea su superficie solo alcanza a 32.000 kilómetros cuadrados. Morgan, *Les Premières Civilisations*, chap. IX, pag. 306.

vos jefes helénicos y romanos. En los tiempos históricos, se llamaba *basileus* en Grecia y *rex* en Roma al príncipe vitalicio y absoluto de un Estado más o menos poderoso; y cuando los historiadores y filósofos notaron que los primitivos jefes habían llevado estos mismos nombres, se imaginaron que ambos pueblos habían sido regidos por verdaderos reyes hacia una época en que el territorio griego estaba dividido en más de 50 Estados, y en que el territorio romano no medía más de 20 a 25 kilómetros de diámetro (*e a*). Evidentemente incurrieron en este error porque no advirtieron que por efecto de una evolución insensible, más fácil de percibir en sus resultados que en su desarrollo, había cambiado de manera profunda el significado de ambas voces. Según se ha observado repetidas veces, el latín *rex*, el celto-irlandés *righ*, el gótico *reiks*, el griego *basileus*, el germánico *koenig*, el sanscrito *kuni*, que en todos los pueblos civilizados significan *rey*, significaron originariamente *saquem* o *cacique*, esto es, jefe de *gens* o de tribu (*e b*).

En el establecimiento de las monarquías bárbaras, entre los siglos IV y VI, aparece plenamente confirmada esta doctrina. Como lo ha observado Fustel de Coulanges, las hordas invasoras no pretendieron emanciparse de Constantinopla y formar Estados independientes cuando se establecieron en el territorio del Imperio; y al contrario, aquellos de sus jefes que se distinguían con el título de *Reyes*, se declaraban humildemente súbditos y siervos del emperador. No significaba entonces el título de *rex*, dice, lo que significó más tarde, y a nadie se le ocurría parangonarlo con el de *emperador*, porque se estimaba a la inversa que el rey estaba muy por debajo del simple patricio, del cónsul y aun del maestre de la milicia (*e c*).

(*e a*) Strabon, *Géographie*, t. I, liv. V, chap. III, § 2 et 4. Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. IV, pag. 87.

(*e b*) Engels, *Origen de la Familia*, pág. 190 y 211. Costa, *Introducción a un Tratado de Política*, pág. 243. Ihering, *Prehistoria de los Indo-europeos*, § 44, págs. 424 a 426.

(*e c*) Fustel de Coulanges, *L'Invasion Germanique*, liv. II, chapitre XI, pag. 515.

Sea de esto lo que sea, el hecho es que según se infiere de los datos acopiados más arriba (§ 51), en los grados inferiores de su desenvolvimiento, las sociedades desempeñan por sí mismas todas las funciones públicas; y en el mundo nunca hubo ni pudo haber gobierno anterior al de las asambleas generales (*c ch*). Aun *a priori* no se comprende cómo podría suceder que si todas las instituciones fundamentales han de tener origen social, el gobierno de uno precediese al de todos.

Más aun: según lo hemos demostrado en el precedente parágrafo, el primer órgano específico que las sociedades crean para confiarle el desempeño de funciones determinadas no es nunca la monarquía hereditaria, absoluta y perpetua; es siempre la jefatura militar, electiva y temporal, llamada exclusivamente a dirigir las operaciones de una guerra.

Empero, si un concurso cualquiera de circunstancias, que por haberse verificado una vez puede repetirse ciento, es el que origina la cooperación y la subordinación política, bien se comprende que su frecuente repetición ha de propender a imprimir carácter de permanente a la autoridad accidental, y carácter de habitual a la obediencia ocasional (*c d*). Esta evolución se ha de efectuar en el mundo bárbaro, particularmente cuando una tribu belicosa se encuentra rodeada de tribus hostiles, porque la permanencia del peligro la precisa a perpetuar la jefatura de su caudillo ora para proveer prontamente a la defensa, ora para preparar con acierto el ataque.

Tal es la explicación más plausible de las primitivas reyecías de Esparta y de Roma. Dado que en uno y otro pueblo, el rey no tenía originariamente poder más que para dirigir los asuntos militares y los religiosos, que eran conexos, es evidente que la reyecía fué instituída solo para

(*c ch*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VI, pag. 230.

Lubbock, *Origines de la Civilisation*, chap. X, pag. 438 et 439.

(*c d*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 473.

dirigir la guerra: y si quedó subsistente en la paz acaparando otras funciones públicas, fué sin duda porque bajo la amenaza permanente de los Estados circunvecinos, todos rivales, espartanos y romanos sintieron la necesidad de mantener organizadas sus fuerzas para la defensa y para el ataque. En uno y otro pueblo, el rey empezó por ser simple jefe militar (*c e*).

En Tasmania, el caudillo que ejercía el mando durante la guerra, ordinariamente lo perdía tan pronto como la paz se restablecía; pero cuando el estado de guerra se prolongaba durante mucho tiempo, correlativamente propendía a perpetuarse la jefatura del caudillo, a lo menos mientras no sobrevenían fracasos que le desprestigiasen (*c f*).

Según *El Libro de los Jueces*, varios de los dictadores instituidos por el pueblo de Israel para dirigir las operaciones bélicas, conservaron cierta autoridad, por lo menos la autoridad judicial que les dió el nombre, cuando terminaron las guerras cuya dirección se les había confiado; y la conservaron no solo a virtud del prestigio que la victoria les había dado, sino también en fuerza de la necesidad de mantener la organización militar que la hostilidad de los Estados circunvecinos imponía.

A nuestro juicio, es en esta subsistencia de los caudillos victoriosos, requerida por la permanencia de un peligro nacional, donde están los orígenes tanto de la transformación del simple jefe militar en verdadero gobernante cuanto de la institución de la monarquía, y no en actos casi imposibles de usurpación, avasallamiento y violencia. Hay una razón decisiva para creer que esta evolución se opera ordinariamente sin resistencias, y es que en los grados inferiores del desarrollo jurídico, no se distingue el derecho civil del derecho militar, ni las funciones gubernativas de las judiciales ni de las legislativas. Por causa de esta confusión, cuando el

(*c e*) Aristoteles. *La Politique*. liv. III, chap. IX, § 2. Ihering. *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 20, pag. 253 á 255.

(*c f*) Spencer. *Justice*, § 111.

encargado del mando militar continúa en la paz dragoneando de jefe, se encuentra por el mismo hecho armado de facultades omnímodas y convertido en autócrata y rey.

A los principios, observa Spencer, la continuidad de la guerra impone la permanencia del caudillo; y en seguida, cuando su prestigio como jefe militar aumenta, lo adquiere por el mismo hecho como jefe civil, y durante las subsiguientes etapas de la evolución social, continúan estrechamente confundidas la supremacía militar y la supremacía política (*c g*), por manera que en la mayor parte de los pueblos más atrasados, no hay más general posible que el rey ni es posible que reine otro que aquel que manda los ejércitos.

Podríamos comprobar históricamente que estos son los orígenes de la monarquía primitiva. Según observa Stade, «así como el origen si no del reino de Jerobbaal, a lo menos de su fama nacional fué una brillante expedición de represalias contra uno de los pueblos del desierto que empezaban a estrechar a los hijos de Israel en la comarca occidental del Jordán, de igual suerte la monarquía benjamita debió su fundación a un hecho parecido: a la atrevida incursión de los amonitas, tribu del desierto en la tierra de Galaad, que dió motivo a Saúl para una gloriosa campaña, mediante la cual logró que se fijaran en él sus compatriotas. Pero ésta no fué más que la causa exterior o determinante; en realidad, la eficiente que trajo consigo la fundación de la monarquía de Saúl arrancaba de más hondo. Un peligro mucho mayor que el de las incursiones de las tribus del desierto sirio no solo amagaba a Israel sino que ya lo había herido: la dominación de los filisteos. Sacudir el yugo de esta dominación extranjera fué la misión que se impuso a la monarquía benjamita» (*c h*).

En la conquista del Imperio Romano, por los bárbaros

(*c g*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 259, et t. III, § 473 et 553.

(*c h*) Stade, *Historia del Pueblo de Israel*, pág. 79 del tomo III de la *Historia Universal* de Oncken.

se puede estudiar prácticamente la manera como los caudillos militares llegan a convertirse en jefes políticos. Los caudillos que invadieron el Imperio seguido de hordas más o menos numerosas no eran reyes propiamente tales, y los que le seguían se habrían sublevado contra el epíteto de súbditos. Todos eran iguales, compañeros, *austrostiones*, y la muchedumbre que ellos formaban era guiada, no gobernada por el que había tomado la iniciativa de la expedición. Mas cuando hubieron ocupado el territorio romano, acaso prestos a disolverse, el semblante hostil de la población ambiente les precisó a mantenerse unidos bajo la dirección del caudillo, el cual quedó por el mismo hecho convertido en jefe político como encargado, por obra de los sucesos, de mantener el orden establecido por la ocupación y la victoria.

Casos análogos, aunque no semejantes, se repiten a menudo en los estados de barbarie y de semi-civilización. Cierto jefe anglo-sajón, Hengist, dice Spencer, se llamaba *here-toga*, que literalmente significa *general*; y este cargo no se transformó en el de rey sino después del establecimiento de los anglo-sajones en la Gran Bretaña » (*e i*).

Aun prescindiendo del prestigio ganado por el caudillo durante la guerra, la victoria no siempre pone fin a su jefatura porque al punto de conjurarse el peligro externo, surgen peligros dentro del Estado vencedor. En los grados medios del desarrollo social, la servidumbre de los vencidos y la esclavización de los prisioneros crean dentro del territorio nacional una amenaza permanente de subversión y ponen a los vencedores en situación de permanecer organizados militarmente y por consiguiente subordinados a un caudillo. De esta manera se perpetúan en la paz la cooperación y la subordinación políticas, consentidas nada más que para garantizar el buen suceso de una guerra (*e j*).

Independientemente de las ventajas que para acometer

(*e i*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 518.

(*e j*) Cornejo, *Sociología General*, t. II, cap. VI, § II. Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. V, LIIIe leçon, pag. 127 et 133.

una guerra ofensiva o defensiva ofrecen la cooperación y la subordinación, cualquiera sistema político es en la paz tan superior al estado acrático que en todas las sociedades la existencia de los gobiernos, prescindiendo de su forma y de su personal, queda sobrado garantida por los beneficios que rinde desde que ha transcurrido bastante tiempo para que puedan ser apreciados.

Solo el exceso de los abusos, por una parte, y la absoluta ignorancia de lo que es la vida acrática de los salvajes por otra, pudieron en el siglo XVIII inducir a varios pensadores en la peregrina ocurrencia de hacer, entre el llamado estado de naturaleza y el estado de civilización, comparaciones desfavorables a la cultura política de los pueblos.

Para la masa de las sociedades, estas especulaciones carecen por lo extravagantes e irracionales de toda consecuencia práctica, como que en medio de los más graves cambios políticos, la existencia de los gobiernos, independientemente de la forma que se les dé y de las personas que los compongan, fué siempre respetada aun por los más osados revolucionarios.

Las garantías con que la vida y la familia, la propiedad y el trabajo cuentan en el estado político son tan evidentes que los débiles, que forman la masa social, se han de sentir vivamente interesados en el mantenimiento de los gobiernos instituídos originariamente con ocasión de la guerra; y de otro lado, los fuertes tienen tantas facilidades en los Estados incipientes y semi-bárbaros para acaparar el poder y ejercerlo en su propio provecho que de ordinario no se han de sentir menos interesados en su subsistencia.

Por de contado, el afianzamiento de las jefaturas militares no siempre les da carácter hereditario. Precisamente si hay cargos que se deben confiar más en atención al mérito que a la sangre, observa Olivares, son los de las armas, « como sea así que en las guerra no es dado errar dos veces, porque el primer error se paga con la ruina » (*c 1*).

(*c 1*) Olivares, *Historia Civil, Militar y Sagrada de Chile*, lib. I, cap. XIV.

Donde el rey es a la vez jefe activo del ejército, esta necesidad ha de inducir a los pueblos a mantener el carácter electivo de la corona. Así se explica que ascendieran al trono por elección todos los reyes que imperaron en Roma, en Cartago, en Esparta, durante los siglos tradicionales (*c ll*).

Con todo, cuando un caudillo ha ganado gran prestigio con victorias que no solo han salvado sino también engrandecido a la patria, su ascendiente público le permite designar por sí mismo al súbdito que ha de sucederle, como lo hicieron los primitivos reyes romanos (*c m*); y cuando en varias generaciones salen de una misma familia jefes y servidores públicos, el régimen hereditario se establece espontáneamente con general asentimiento, como ocurrió, según Aristóteles, en los tiempos heroicos de la Grecia (*c n*). Si aun en las repúblicas más cultas y democráticas se ve a menudo que las elecciones dan preferencia en contra de los varones más meritorios a simples gandules herederos de nombres gloriosos, con mayor facilidad se ha de abrir camino el régimen hereditario en las sociedades atrasadas, donde no se distingue el derecho público del privado y donde, por consiguiente, no hay jurídicamente diferencia entre heredar un Estado y heredar un fundo. Cuando a la muerte de Clodoveo sus cuatro hijos varones se repartieron por igual el Estado franco, sin tener la menor cuenta de la voluntad del pueblo (*c ñ*), procedieron evidente-

(*c ll*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. III, pag. 5 à 8.

Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VI, § 20, et chap. VIII, § 2.

El *Codex Antiquior* de la Vestrogotia (Suecia) de principios del siglo XIII daba también carácter electivo a los reyes. «Les Suédois (disponía un artículo) ont à élire le roi et anssi à le déposer».

Beauchet, *Loi de Vestrogothie*, pag. 200.

(*c m*) Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. V, pag. 80.

(*c n*) Aristoteles, *La Politique*, liv. III, chap. IX, § 7.

(*c ñ*) «Les quatre frères, dit Grégoire de Tours, firent le partage conformement à la loi». De quelle loi s'agit-il ici? continue Fustel de Coulanges. Est-ce une loi politique? Nous n'en connaissons aucune sur

mente en ejercicio del derecho que la ley civil les daba llamándoles a heredar los bienes paternos. Si las mujeres no tuvieron nunca parte fué porque la ley sálica las excluía de la herencia. Más tarde, cuando se adoptó el régimen de la primogenitura para la transmisión hereditaria de la propiedad, el mismo régimen triunfó para la transmisión hereditaria de la corona. Volvemos a repetirlo: en las sociedades atrasadas, una sola ley rige el orden público y el orden privado; y esta unidad del derecho permite que, sobre todo en los casos de conquistas, en que el jefe, después de recompensar a sus compañeros, se ha de sentir dueño de los Estados vencidos, se establezca el régimen hereditario para la transmisión del gobierno.

§ 67. Cuando las causas que ocasionan la concentración de poderes se prolongan y se agravan sobre manera, fatalmente, según hemos visto, se constituye una autocracia absoluta que asume todas las funciones del Estado y es de ordinario acatada por el pueblo entero. En tales casos, obran los acontecimientos con tanta fuerza, que la mayor parte de las veces el jefe militar se hace gobernante, legislador, juez y administrador público con la entusiasta adhesión de los pueblos y sin que se lamente ni se note el paso de la libertad al despotismo.

En los Estados democráticos de nuestros días, que para adquirir personalidad internacional han tenido que emanci-

---

ce point... Quand Grégoire de Tours dit que les quatre frères partagent le royaume selon la loi, il pense à une loi d'ordre civil, à la loi qui règle la succesion entre particuliers... La loi salique en effet a un chapitre *Des successions*... oú nous pouvons saisir les règles du droit succesoral des Francs. « Si un homme meurt et qu'il ne laisse pas de fils, sa mère héritera et si sa mère est morte, son frère, sa seur, puis ses collateraux... Comme la loi emploie le pluriel *filios*, nous pouvons croire que ce sont tous les fils qui héritent, sans nul droit d'ainesse... Or ces lois appartiennent au droit privé. Ce ne sont pas de lois politiques. Il n'y est pas question nommément du royaume.

Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. II, pag. 36 à 40.

Grégoire de Tours, *Histoire ecclésiastique de Francs*, t. I, liv. III, chap. I.

parse de las monarquías absolutas, se cree a pies juntillas que todas las autocracias han sido impopulares y que todas se han instituído por obra de la fuerza en contra de los intereses, de las libertades y de la voluntad de los pueblos. Pero sería fácil demostrar que todas las autocracias históricas se impusieron por obra de los acontecimientos y que muchas prestaron grandes servicios a las naciones y prolongaron su vida afianzadas por el afecto popular (*e o*).

Sin engolfarnos en vastas dilucidaciones históricas, bástenos recordar concisamente las condiciones en que nació y en que vivió la más memorable de las autocracias europeas, la del Imperio Romano. Aunque Augusto venció a sus competidores por medio de las armas, no se valió de ellas para derribar la República, y aun es dudoso que nunca alentase el propósito de fundar el Imperio o una reyecía. El título de emperador que asumió por herencia, no significaba todavía lo que significó más tarde. *Emperador* había sido a los principios todo funcionario a quien correspondía el *imperium*, esto es, el mando, y en el siglo de César y de Augusto era de práctica que solo asumiesen este título los generales victoriosos. En todo caso, podía haber y a menudo hubo varios emperadores a la vez. Solo mucho más tarde (§ 63, nota *(a i)*), acaso desde los tiempos de Nerón, se reservó dicho título exclusivamente para el príncipe (*e p*). Muchas de las leyes que a propuesta suya

---

(*e o*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, neuvième leçon, pag. 250.

En toda Grecia, dice Laurent, los tiranos figuraron como jefes del partido popular, y lejos de ser motejados con nota de infamia, se les estimó y se les honró. Solón celebra en sus versos la justicia de un tirano, y los más notables poetas, Píndaro, Esquilo, Limonides, Anacreonte, vivieron en las cortes de los tiranos. Los más grandes historiadores y filósofos de la Antigüedad, aun los más enemigos de la tiranía, colmaron de elogios a Pisistrato, que fué una de las grandes figuras de Grecia. Laurent, *Grèce*, liv. II, chap. III, pag. 76.

(*e p*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. I, pag. 141 à 144, et t. V, pag. 24 à 29, 42 et 43.

Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. XIII, pag. 230. A la vez que se reservaba para el jefe del Estado el título de *Empe-*

se dictaron estaban derechamente enderezadas a restablecer, rejuvenecer y vigorizar las antiguas instituciones y prácticas republicanas (*c q*). Pero fuesen cuales fuesen sus propósitos, el hecho es que la necesidad de poner término a la espantosa anarquía que duraba hacía ya un siglo le armó de poderes dictatoriales, y que la necesidad de unificar el Imperio y de mejorar su administración, su gobierno y su justicia dió a la dictadura carácter de perpetua. ¿Había en las provincias recaudadores y publicanos que esquilmaban y vejaban a los pueblos? El emperador nombraba curadores que amparasen en su nombre a los contribuyentes. ¿Había jueces locales que animados por pasiones de bandería, cometían iniquidades contra sus adversarios? El emperador o bien nombraba funcionarios que en defensa de las víctimas se arrogasen el conocimiento de los procesos, o bien reveía por sí mismo las causas, estableciendo de hecho el recurso de alzada. ¿Querellábanse los pueblos contra las exacciones injustas impuestas por los gobernantes municipales? El emperador disponía que ningunos servicios y tributos serían exigibles mientras no fuesen autorizados por los legados imperiales (*c r*). A la vez, unió material y socialmente todo el territorio imperial por una espesa red de magníficos e insuperables caminos; dió in-

---

rador, se reservó para su casa habitación, por efecto de una circunstancia accidental, el nombre de *palacio*. Según cuenta Suetonio, el emperador Augusto se instaló en una modesta casa que había pertenecido al orador Hortensio y que se distinguía con el nombre de *Palatium* porque estaba situada en el monte llamado *Palatino*, o Palatium. Desde entonces y por efecto de esta circunstancia accidental, viene que se llame *palacio* a la habitación del jefe del Estado y por extensión a la de los grandes de cada nación. Suetonio, *Vida de los Doce Césares: Octavio Augusto*, cap. LXXII. Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, t. II, liv. V, chap. VIII, § 6, pag. 386.

(*c q*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. V, pag. 158.

(*c r*) Fustel de Coulanges, *La Gaule Romaine*, liv. II, chap. III.
Entre los más importantes servicios prestados por el Imperio, anotemos también que Augusto es el primer jefe de Estado que haya confeccionado bajo el nombre de *Rationarium* o *Beviarium Imperii*, lo que

greso en los cuadros administrativos, sin mayores distinciones, a todos los súbditos de Roma; reemplazó paulatinamente las legislaciones locales por una legislación nacional, dictando leyes que regían en el Imperio entero; propendió a universalizar la lengua latina facilitando así la difusión de la cultura superior de aquellos tiempos, en especial de la cultura cristiana y de la cultura helénica; y por último, cerró la edad de las guerras e inició la de la paz perpetua, soñada por Virgilio, protegiendo con liberalidad nunca vista las artes y las letras.

Los pueblos no se mostraron hostiles ni indiferentes ante servicios tan considerables. Sugestionados por los historiadores romanos que como instrumentos de odios patricios, imprimieron mancha indeleble de infamia en la frente de los primeros emperadores, nosotros nos inclinamos a creer que el Imperio fué muy odiado y tropezó con muchas dificultades para constituirse. Pero no hubo tal cosa. El Imperio se constituyó con el apoyo entusiasta de la plebe romana y de las provincias y con la sola oposición de la diminuta clase de los patricios (*c rr*), cuyos privilegios debían quedar abolidos en la nueva organización política, porque ¿cómo convertir el Senado, el ejército y la administración romana en administración, ejército y Senado imperiales si no se daba ingreso en todas las instituciones y servicios del Estado a todos los súbditos de Roma? ¿Y cómo corregir los abusos y exacciones que los funcionarios cometían contra los pueblos si el emperador no se arrogaba facultades autocráticas para dominarlos, castigarlos, removerlos? Antes de

hoy se llama Presupuestos de entradas y gastos de la República, documento que redactó de su puño y letra y transmitió a sus sucesores. Tácito, *Annales*, liv. I, chap. XI.

Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 260.

(*c rr*) Según Flavio Josefo, el mismo Calígula fué un «emperador locamente amado por la plebe, y cuando cayó asesinado, ella reclamó con energía el castigo de los asesinos en tanto que el Senado no hizo más que aparentar que estaba animado del mismo empeño». Flavius Joseph, *Histoire Ancienne des Juifs*, liv. XIX, chap. I, pag. 507 et 509 de ses *Œuvres Complètes*.

la Edad Contemporánea nunca fué posible establecer la igualdad, que es la expresión del estatuto territorial, sino a costa de la libertad, que es la expresión del estatuto personal. Sea de esto lo que sea, ello es que la adhesión al Imperio fué muy general; en el Senado romano nada se hacía sino a propuesta o con el beneplácito del príncipe; y los pueblos mismos no elegían para las funciones públicas sino los ciudadanos que el príncipe les recomendaba.

A la luz de la historia, no cabe duda razonable en que las monarquías absolutas de la Edad Moderna, cumplieron una misión análoga y fueron igualmente populares porque para unificar la ley, la administración, la justicia y el gobierno de cada Estado hubieron de arrasar con el apoyo de la clase media las autonomías, las inmunidades y las libertades del feudalismo.

Si a pesar de esta popularidad originaria anima a los pueblos democráticos aversión tan profunda contra las autocracias, es porque ellos no ven más que los abusos, la corrupción, las expoliaciones y las tiranías a que el despotismo fatalmente se entrega cuando se siente consolidado (*c s*). De todos los gobiernos, en efecto, el que más fácilmente olvida los fines sociales del Estado, el que más desfachatadamente se inclina a regir a los pueblos con la sola mira de explotarlos, el que menos respeta la propiedad y las personas, los derechos y las libertades (*c t*), es aquel que en su calidad de absoluto, actúa sin cortapisas, sin fiscalización jurídica, a la manera de una fuerza que no se siente moderada ni cohibida por ninguna otra. La odiosidad de los pueblos democráticos es, por tanto, muy justificada.

(*c s*) La palabra *tirano*, dice Santo Tomás de Aquino, «se deriva de *fuerza* porque oprime con su poder y no gobierna con justicia», y la palabra *despotismo*, derivada del griego, «es el poder de un señor sobre su siervo». Santo Tomás de Aquino, *El Gobierno Monárquico*, lib. I, cap. I, pág. 9, y lib. II. cap. IX, pág. 144.

(*c t*) Santo Tomás de Aquino, ob. cit., lib. I, cap. III, pág. 20.

No obstante, la ciencia debe reconocer la inapreciable cooperación que las autocracias han prestado a la vida y al desenvolvimiento político de las sociedades. Merced a los gobiernos autocráticos: 1º se organiza en los pueblos más atrasados la defensa militar; 2º se convierten las lenguas y las culturas locales en lenguas y culturas nacionales; 3º se unifica el gobierno de vastos imperios; 4º se adelanta la sustitución del estatuto personal por el estatuto real, propendiendo a igualar todas las razas y todas la clases de cada nación; 5º se dictan leyes y códigos nacionales que prevalecen contra las leyes locales; 6º se diversifica la administración de justicia y se instituye el recurso de alzada; 7º bajo la necesidad de poner al fácil alcance del gobierno las partes más extremas del territorio, se establece espontáneamente el sistema nacional de viabilidad, con grandes ventajas para el comercio; 8º se incrementa la extensión territorial dentro de la cual la agricultura y la industria pueden cambiar sus productos sin cortapisas insuperables (*e u*).

§ 68. La organización política cuyos orígenes dejamos determinados, concretada a poner el gobierno entero de la tribu en manos de un solo funcionario, es por su propia simplicidad un mero embrión incapaz de desempeñar las múltiples funciones de un Estado adulto y de adaptarse a

(*e u*) «Suelen repetir escritores modernos, observa Burgess, que Asia no es más que el hogar de las teocracias y de los despotismos. Es innegable, pero no debe decirse en tono desdeñoso. Las teocracias y los despotismos tienen su puesto en el desarrollo histórico del Estado, y su obra es tan necesaria para el progreso de la civilización política como la de cualquier otra forma de organización. Aun no ha acabado su cometido; su exigencia se reproduce siempre y donde quiera que se pretende elevar una población bárbara a los primeros grados de la civilización. Someter a ley la libertad indisciplinada es el primer problema que se ofrece en el desarrollo del Estado, y la historia universal no enseña más medio de resolverle que las teocracias y los despotismos». Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*, t. I, lib. II, cap. II, pág. 80.

Guizot, *Histoire de la Civilisation en Europe*, 9ª lección, pág. 247.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 481.

sociedades que se encuentren en mediano grado de desenvolvimiento.

Se comprende que en una tribu diminuta, acaso nómada, falta de intereses permanentes que puedan periclitar, donde no incumbe al Estado la conservación del orden interno, baste un solo funcionario a satisfacer la única necesidad política que se siente, la de aunar y disciplinar las fuerzas sociales, bajo el imperio, de una sola voluntad para dirigir con unidad y sigilo las operaciones bélicas. Pero en pueblos ya crecidos, siempre sedentarios, donde hay que atender simultáneamente a la defensa exterior y al orden interno, a la prevención y represión de la delincuencia, a la administración de justicia, a la percepción e inversión de las rentas, al abastecimiento de los ejércitos, a la salubridad y belleza de las ciudades, etc., etc.; la multiplicidad de los funcionarios es impuesta por la multiplicidad y diversidad de las necesidades políticas y administrativas. Un hombre solo, por más grande que sea su voluntad, por más poderosas que sean sus facultades, no basta a todo.

Cuenta la Biblia que en una ocasión alguien increpó a Moisés la ambición de querer hacerlo todo por sí mismo. «Te consumes en el trabajo, le decía, y no sirves bien a tu pueblo» (*c v*); y con este motivo, observa Santo Tomás, que todo gobierno, sea unipersonal, sea multipersonal, necesita el auxilio de diversos funcionarios públicos, los cuales vienen a ser como su indispensable complemento (*c w*).

Cohibidos por esta necesidad, y ganosos de procurarse algún alivio, los jefes primitivos empiezan por recurrir a la ayuda de sus áulicos y de sus servidores domésticos, los cuales sin comisión política alguna, se suelen encontrar entonces desempeñando funciones del gobierno o convertidos en

(*c v*) *Exodo*, cap. XVIII, § 18.

(*c w*) Cornejo, *Sociología General*, t. II, cap. VI, § VII.

Santo Tomás de Aquino, *Gobierno Monárquico*, lib. II, cap. X.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, 2ª Parte, cap. XXVII, pág. 317.

verdaderos consejeros de Estado. No necesitamos recordar en comprobación que algunos de los senados primitivos fueron originariamente simples Consejos de Estado, derivados de la práctica seguida por los jefes de consultar a los hombres de edad madura.

A virtud de prácticas análogas, en la Asiria y en la Persia antigua los miserables eunucos de palacio acapararon las principales funciones del Estado y adquirieron grande influencia política; y en el Egipto faraónico, los simples domésticos, tales como el gran copero y el porta-abanico, se ganaron a la larga la confianza del monarca y le asesoraron en los negocios más graves (*c x*).

Con referencia a Herodes el Grande, dice Flavio Josefo, que entre sus áulicos más amados, tenía tres eunucos; que de ellos uno le servía de copero, el segundo de maestro de cocina y el tercero de camarero, y que los tres le ayudaban en los asuntos de mayor importancia (*c y*).

Según Marquardt, a los principios del Imperio Romano, el príncipe desempeñaba sus tareas con la ayuda de unos oficiales que él nombraba de entre los libertos, que remuneraba con dinero de su propio peculio y que no tenían la

(*c x*) Spencer. *Principes de Sociologie*. t. III. § 504.

« Para dar una idea de la vida de las cortes del Sudán Central que rinden homenaje al Islam, elegiremos la de Bornu, que ha sido visitada varias veces por viajeros alemanes. Reina allí al presente la dinastía de los Kanemíes, la cual procede de los intendentes de la dinastía anterior. El sultán o *mai*... ejerce allí un poder absoluto. Sus principales funcionarios son el *digma* o primer ministro, que regla los asuntos interiores, el *mala* o tesorero, el *jurama* o jefe de los eunucos, el *mistrema* o superintendente de las mujeres, el *sintalma* o gran copero (échanson), el *mainta* o jefe de cocina, el *marma-kullobe* o superintendente de los esclavos... El *mai* celebra todas las mañanas su consejo, al cual son convocados sus hermanos, los funcionarios superiores y los *kognauas* o consejeros del príncipe... Los eunucos gozan allí de grande estima como en la Corte de Fur y en la de Baghirmi; en ocasiones se levantan a la categoría de hombres de Estado, jefes de tropa ». Hartmann, *Las Peuples de l'Afrique*. pag. 194

(*c y*) Flavius Joseph. *Histoire Ancienne des Juifs*. liv. XVI. chapitre XI, pag. 434 des *Oeuvres Complètes*.

calidad de empleados públicos sino la de empleados particulares del palacio. Pero cuando la monarquía imperial se desarrolló por completo, especialmente hacia la época de Diocleciano y Constantino, dichos oficiales habían adquirido grande influencia, salían exclusivamente del orden de los caballeros y desempeñaban papeles semejantes a los de nuestros ministros de Estado. En particular, el prefecto del pretorio, que ordinariamente era un eunuco, acaparó, merced a su terrible influjo, gran parte de las funciones de gobierno cuyo desempeño había correspondido privativamente al emperador (*c z*).

En la Edad Media los domésticos de palacio se multiplicaron en proporción al boato de las cortes, y merced a su oficiosidad y a su servilismo, se ganaron la confianza de los reyes y adquirieron en el Estado un auge extraordinario. Sin tener mayor cuenta, por lo excepcional del caso, de aquel mayordomo cuyo incontrastable poderío le permitió derrocar a su amo y fundar la gloriosa dinastía de los carlovingios, nos bastará advertir que la cuasi totalidad de los altísimos dignatarios que se pavonean en las cortes contemporáneas fueron originariamente simples domésticos, a menudo esclavos, que en los palacios reales tenían a su cargo los más viles oficios. El chambelán era el camarero que cuidaba el dormitorio del rey y le velaba el sueño; los condestables (*comĭtes stabuli*) y los mariscales estaban a cargo de las caballerizas; los senescales eran mayordomos que cuidaban las casas y vigilaban a los sirvientes; el palafrenero sujetaba al caballo por el freno cuando el rey iba a montarlo; y el gran maestro o gran cocinero era sencillamente el jefe de la cocina (*d a*).

(*c z*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, 2e Partie, IV, pag. 136.

Gibbon, *Décadence et Chute de l'Empire Romain*, t. I, chap. XVII, pag. 376.

(*d a*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 504.

El auge de los domésticos de palacio no se detuvo allí. «Le maire du palais frank, dice Sumner Maine, devint roi des Franks; le chambellan des

Apenas necesitamos decir que cuando estos oficiales reales, *ministeriales hospitii domini regis* como se les llamaba, se hubieron convertido por su servilismo en personajes de grande influencia, la nobleza y el clero no tuvieron a indignidad ocupar aquellos humildes y humillantes oficios. Así es como encontramos ya bajo los carlovingios muchos próceres del reino y altos prelados de la Iglesia desempeñando con risible arrogancia las funciones de oficiales palaciegos.

La reunión de todos ellos formaba un Consejo a la vez eclesiástico y civil, y tanto de gobierno como de hacienda y de justicia, que se reunía cuando, donde y para deliberar sobre los asuntos que el rey fijaba. De este Consejo universal se desgajaron en el siglo XIII la Corte de Cuentas, la Corte de Justicia que se llamó Parlamento, el Consejo de Estado y los secretarios o ministros de Estado (*d b*).

Análogo origen tuvieron en Inglaterra el Consejo de la corona y el gabinete del Gobierno. En los tiempos de la monarquía sajona, acostumbraba el rey pedir en los asuntos políticos que le preocupaban el parecer de sus domésticos,

---

empereurs romano-germains est aujourd'hui empereur d'Allemagne. Le sang des sénéchaux d'Ecosse coule dans les veines des rois d'Angleterre. Les connétables de France ont tour à tour ébranlé ou raffermi le trone». Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. V, pag. 174.

Blackstone, *Commentaires sur les Lois angloises*, t. II, chap. I, pag. 28.

Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. VII, pag. 148.

Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. V, pag. 173.

(*d b*) Aucoc, *Le Conseil d'Etat*, pag. 27 et 28.

En Chile, el Consejo de Estado fué instituído por el artículo 102 de la Constitución de 1833 y reorganizado por la enmienda de 1874 en la forma que tiene en el actual artículo 93.

Antes de 1833, el proyecto de Constitución de 1811 instituyó (Art. 128) un *Consejo Cívico*, que era un verdadero Consejo de Estado, pero que no llegó a la vida, y el Reglamento provisorio de 1814 instituyó un *Senado Consultivo*, que también era un Consejo de Estado y que vivió algunos meses. Por último, la Constitución del 29 de Diciembre de 1823, abrogada en Enero de 1828, instituyó (Art. 28) un *Consejo de Estado*, con las atribuciones y el nombre de tal.

(*King's servants*) como el camarero, y de sus empleados particulares, como el archivero (*constabularius*); y hacia el siglo XI, habían ellos adquirido tanto auge que a poco de la conquista normanda, formaron oficialmente parte integrante de la Cámara palatina, que era como un Consejo de la corona (*d c*).

Entre los empleados particulares que por obra de la privanza se convirtieron en grandes dignatarios, merece especial mención el *cancellarius*. Originariamente el canciller fué un simple secretario escribiente del rey, tomado del orden eclesiástico y encargado de la tarea manual de sellar los despachos y las cartas privadas para garantir su autenticidad. Por su proximidad a la persona del monarca y por su oficiosidad para alivianarle las tareas del gobierno, el canciller gozó siempre de un favor sin límites. En el siglo XII, se le confiaron atribuciones nuevas que le convirtieron en alto funcionario del Estado; en el siglo XIII, se le hizo juez supremo del reino, transfiriéndose a él la autoridad que había correspondido al *justiciarius*, que fué entonces suprimido; y bajo el reinado de Isabel, se agregó a sus funciones la de custodio del Gran Sello. Armado de tanta autoridad y de tan importantes facultades, el lord gran canciller es inmediatamente después del rey el primer magistrado del Imperio Británico (*d d*).

En cuanto al gabinete propiamente tal, nunca se dictó ley que lo instituyese, y a semejanza de otras instituciones políticas de Inglaterra, tiene su origen en la costumbre (*d e*). Desde tiempos inmemoriales, solía el rey convocar barones y altos dignatarios de la corona para pedirles parecer sobre asuntos de gobierno, y la existencia de este Consejo

---

(*d c*) Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. II, chap. V, pag. 322.

(*d d*) Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grand Bretagne*, t. I, pag. 38.

Glasson, ob. et loc. cit., pag. 328.

(*d e*) Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 49.

había sido sancionada por diferentes leyes. Aun cuando todos ellos eran convocados en cada caso por la corona, no inspiraban igual confianza su lealtad y su competencia. Haciendo de hecho una distinción odiosa, los Stuardos acostumbraron reunir en secreto a los que conceptuaban más adictos, formar con ellos un Consejo íntimo y resolver las cuestiones políticas a menudo con prescindencia o en contra de lo acordado por el Gran Consejo. El nombre de *gabinete* que hasta hoy conserva el ministerio inglés y que se le aplicó sin duda trasponiéndolo de la sala del real despacho donde se reunían los consejeros, ha perpetuado el recuerdo de sus orígenes cortesanos.

Por lo que toca al Parlamento, no pudo ver con simpatía la espontánea y extralegal institución de este cuerpo de áulicos que rehuyendo las responsabilidades o infringiendo el orden constitucional, daba en secreto al rey consejos que de continuo le inducían a chocar con el pueblo o con los Poderes del Estado. Bajo el reinado de Carlos II, estos áulicos llegaron a cinco y formaron la famosa *cabala* que tan profundamente irritó a la opinión pública. Sin tener la menor idea de que este gabinete pudiera llegar a convertirse en el principal instrumento de la supremacía parlamentaria, el Parlamento entabló contra los áulicos una política inexorable de completo exterminio. Por su parte, el principal responsable, el rey, pretendió cubrirlos con el manto de la inmunidad real, sosteniendo que en cuanto ellos obraban por órdenes suyas, no estaban sujetos a responsabilidad. Pero los corifeos parlamentarios replicaron a su turno que bajo la inmunidad, privilegio personalísimo del rey, no podía ampararse en Inglaterra súbdito alguno; y varios de aquellos áulicos pagaron en la horca el pecado de sus consejos subversivos (*d f*).

(*d f*) Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pág. 18 a 19.

«Empleóse durante algunos años la palabra *cábala* por sinónima de *gabinete*, y como aconteció por extraña coincidencia en 1671 que las letras iniciales de los nombres de las cinco personas que lo componían, a saber, Clifford, Arlington, Buckingham, Ashley y Lauderdale, formaban esa

Acaeció entonces un fenómeno singularísimo, a primera vista inexplicable. En vez de desaparecer por efecto de los repetidos y en ocasiones inicuos ajusticiamientos, el gabinete que no podía desaparecer porque respondía a premiosas necesidades del gobierno, pero que tampoco podía perpetuarse como consejo de áulicos irresponsables porque el Parlamento no lo toleraba, cobró nueva vida y se convirtió en una institución que por una parte, debía auxiliar a la corona, y por otra, refrenar sus tendencias autocráticas. Fué este el efecto lógico de los ajusticiamientos porque a virtud de ellos, los consejeros que hasta entonces habían sido áulicos serviles y complacientes, cuando se sintieron responsables, se convirtieron espontáneamente en altivos y dignos funcionarios del Estado, llamados a mantener la armonía entre la corona y el Parlamento (*d g*).

---

misma palabra (en inglés, *cabal*); luego designaron las gentes aquel Consejo con tan enérgica y significativa denominación». Macaulay, *Historia de la Revolución de Inglaterra,* t. I, § XXVIII y XXIX.

(*d g*) No carecen de interés los siguientes datos históricos:

Originariamente, en todas las naciones europeas, cada ministro era un ministro universal que podía conocer en toda clase de asuntos.

En Inglaterra, bajo el reinado de Isabel no había más que un ministro, sir Robert Cecil. Hacia los fines de dicho reinado, se dividió el ministerio único en dos, el del Norte y el del Sur. En 1782, el ministro del norte se convirtió en ministro del exterior, y el del sur en ministro del interior. En 1794 se creó el ministerio de la guerra, al cual se adscribieron las colonias en 1801. En 1854 se creó el ministerio de las colonias, y en 1858 el de las Indias. El gabinete mismo y los demás miembros del ministerio no han sido instituídos por ley. Tan poderoso como es, el gabinete no tiene hasta hoy autoridad jurídica.

En Francia, bajo los primeros Capetos correspondía al canciller privado la redacción y autentificación de las decisiones reales, y solo en el siglo XIII ascendió este funcionario al rango de los grandes dignatarios de la corona, cuales eran, el senescal, el condestable, el gran copero (*bouteiller*) y el gran camarero. Además de estos dignatarios, funcionaban en la Corte unos modestos oficiales llamados secretarios de hacienda (*sécretaires de finances*). En 1547, Enrique II nombró cuatro de estos secretarios de hacienda, los puso bajo la mano del condestable de Montmorency, especie de ministro universal; y encomendó a cada uno

Desde que la corona se vió reducida para evitar conflictos a conformarse con la voluntad del Parlamento, tomó el camino más expedito que se la ofrecía, el de confiar las carteras ministeriales a miembros de una u otra Cámara; y por efecto de esta práctica, perdió el gabinete el carácter de institución administrativa y asumió el de órgano puramente

---

la administración de una cuarta parte de los Estados. En 1559, el mismo monarca les dió por primera vez el título de *Secretarios de Estado.*

Después de esta fecha se empezaron a instituir los ministerios especiales; a poco de dictado el edicto de Nantes, en 1598, el de asuntos eclesiásticos; en 1619, el de la guerra; en 1626, el de negocios extranjeros; bajo Luis XIV, el de marina, etc., etc. Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration en France*, t. I, chap. I, § III.

Luçay, *Les Secrétaires d'État*, chap. I, pag. 3 à 16.

En España no se instituyeron los ministerios especiales antes del siglo XIX. Don Alvaro de Luna, el conde duque de Olivares, Alberoni, el conde de Aranda, etc., fueron verdaderos ministros universales, o cancilleres, en el sentido bismarkiano de la palabra.

En Chile, el primer gobierno independiente, que fué una Junta de siete vocales, instituída el 18 de Septiembre de 1810, tuvo dos secretarios, los cuales, a nuestro juicio, no fueron verdaderos ministros de Estado. Barros Arana, *Historia de Chile*, t. VIII, pág. 221.

El Reglamento Constitucional de 1812, dispuso (Art. XIV): « Para el despacho de los negocios habrá dos secretarios, el uno para los negocios del reino, y el otro para las correspondencias de fuera ».

El 14 de Marzo de 1814, al hacerse cargo don Francisco de la Lastra de la Dirección Suprema, nombró tres secretarios, uno de gobierno, otro de guerra y el tercero de hacienda. Barros Arana, *Historia de Chile*, t. IX, pág. 362.

Cuando O'Higgins se hizo cargo de la Dirección Suprema en Febrero de 1817 mantuvo estas tres secretarías, cuya existencia fué sancionada por la Constitución de 1818 (cap. III, arts. 1 a 4). El art. 6, cap. II de la misma Constitución les dió el alto carácter de ministros de Estado al disponer que el Director Supremo *no expediría orden ni comunicacion alguna sin que fuese subscripta por el respectivo secretario.* En varias ocasiones el Senado de 1818-1822, impuso a O'Higgins el cumplimiento de esta disposición. Véase, por ejemplo, Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. III, anexo N° 693.

Respecto de la República Argentina, dice Matienzo: « La Asamblea General Constituyente, reunida en 1813, conservó durante algún tiempo la institución del triunvirato. Solo en 22 de Enero de 1814, a propuesta del mismo triunvirato, resolvió concentrar el Poder Ejecutivo en un Direc-

político. Como quiera que al formarse un gabinete, de lo que principalmente se trata es de reflejar opiniones políticas, nunca se ve un militar a la cabeza del ministerio de la guerra, ni un marino a la cabeza del ministerio de marina. Tampoco se ve que el ministerio de las Indias se confíe a los ex-gobernadores, o el de hacienda a banqueros o a comerciantes. Solo la cancillería se confía siempre a un jurisconsulto, y por excepción se ha confiado alguna vez el ministerio de relaciones exteriores a un diplomático de la carrera. En suma, los ministros no son tomados de los cuadros administrativos, y solo en la carrera parlamentaria se pueden ganar méritos para llegar al gabinete (*d h*).

Por el contrario, en aquellos Estados donde no impera el régimen parlamentario, los ministros conservan su carácter originario de funcionarios puramente administrativos. Es, por ejemplo, lo que pasa en Prusia. No estando obligado el jefe del Estado a seguir la política de la mayoría parlamentaria, elige sus cooperadores en atención a sus aptitudes más que a sus opiniones; y así, de ordinario llama a su lado hombres experimentados que han probado su idoneidad y su fidelidad sirviendo durante largos años en los cuadros de la administración. De esta manera llegan a encargarse de los ministerios con un conocimiento profundo de los servicios que van a dirigir, pero también con aquellos hábitos de obediencia que la vida administrativa

tor Supremo, pero se apresuró a dictar en 4 del mismo mes una ley que reglamentaba las secretarías de Estado, y por la cual obligaba al Director a hacer autorizar sus decretos con la firma del secretario del respectivo departamento ». Matienzo, *El Gobierno Representativo Federal*, capítulo VII, pág. 128.

Véase también la colección de estudios hecha bajo la dirección de don Rodolfo Rivarola con el rubro de *Función Constitucional de los Ministros*, y en particular, el de González Calderón, sobre el origen histórico de estos funcionarios en la República Argentina.

(*d h*) Franqueville, *Le Gouvernement et le Parlement Britanniques*, t. I, pag. 520.

Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 42 et 43.

crea y que les inhabilitan para refrenar las tendencias despóticas del amo (*d i*).

§ 69. Con los secretarios, los consejeros, ministros y demás funcionarios *ad latere*, ora particulares, ora públicos, el gobierno de un Estado naciente puede cumplir sin mayores inconvenientes los muy restringidos fines de su institución primitiva, los cuales se concretan exclusivamente a mantener organizada para la guerra una sociedad diminuta, acaso una simple tribu (*d j*).

Hay constancia histórica y etnográfica de innumerables Estados que han vivido largos siglos sin más gobierno propiamente político que el de un jefe con sus auxiliares inmediatos. Sea porque el Estado no se preocupa todavía de conservar el orden interno, sea porque el estatuto personal confía a los caciques o patriarcas el gobierno de cada parentela y de cada tribu, ello es que el jefe nacional no siente la necesidad de instituir agentes locales que le auxilien y secunden a la distancia. El Estado de Israel en tiempo de los jueces, y el de Atica, en tiempo de los reyes primitivos, no parecen haber tenido más compleja organización política.

Pero tan pronto como el Estado empieza a crecer, principalmente por obra de la conquista, empiezan a surgir nuevas necesidades políticas, en especial, la de conservar el orden creado por la guerra; y no obstante la cooperación de sus áulicos y caudatarios, el jefe se empieza a sentir impotente para mantener sojuzgados a los pueblos vencidos desde una distancia que no le permite notar en hora oportuna los síntomas y manifestaciones de subversión y

---

(*d i*) Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 359 et 360.

(*d j*) De los indígenas del Río de la Plata y el interior del país, dice el padre Guevara... que «su gobierno era de los más infelices», porque todo él «se reducía al cacique que hacía cabeza». Bunge, *Historia del Derecho Argentino*, t. I, pág. 98.

«Aunque los agoreros y hechiceros tenían siempre algún ascendiente sobre los indígenas, parece que entre los del Río de la Plata no existió más dignidad firme y estable que el cacicazgo». Bunge, ob. cit. t. I, pág. 99 y 100.

descontento. Indicio ostensible de este sentimiento de impotencia es el hecho de que en todas partes y en todos tiempos, los conquistadores, aun los de tendencias más absorbentes, lo primero que siempre hicieron para afianzar sus conquistas fué instituir agentes locales del Estado vencedor. En tales casos, las guerras afortunadas traen consigo la ramificación del gobierno.

Aun cuando la función casi única de estos agentes consista en mantener sojuzgados a los pueblos vencidos, en las sociedades atrasadas es frecuente que por efecto del imperio del estatuto personal, se confíe tan importante misión o al mismo jefe derrotado o a cualquiera de sus inmediatos herederos.

Cuando los reyes de Méjico, de Tezcuco y de Tacuba, dice un autor, conquistaban un país, acostumbraban a dejar su autoridad a los jefes indígenas. Así mismo, cuando el *pipa* de Bogotá subyugó ciertas tribus de chibchas, dejó a los jefes vencidos la jurisdicción que ejercían de antemano y el derecho de transmitir hereditariamente la dignidad de cacique (*dk*).

Respecto de los Incas del Perú, «tuvieron un aviso, dice Cieza de León, para no ser aborrecidos de los naturales, que nunca quitaron el señorío de ser caciques a los que les venía de herencia y eran naturales, y si por ventura alguno cometía delito... que mereciese ser desposeído del señorío que tenía, daban y encomendaban el cacicazgo a sus hijos o hermanos y mandaban que fuesen obedecidos por todos» (*dl*).

De la misma política encontramos numerosos ejemplos en la Antigüedad.

Según Heródoto, Cambises habría dado el Egipto en feudo al faraón derrocado si no le hubiese sorprendido maquinando

(*dk*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 508.

(*dl*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios de los Incas*, lib. II, capítulo XIII, pág. 49, y lib. V, cap. XII, pág. 145.

Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, lib. XII, cap. XXV, página 235.

sediciones, pues era « costumbre y política de los persas el tener gran cuenta con los hijos de los reyes, soliendo reponerlos en posesión de la corona aun cuando sus padres hubiesen sido traidores a la Persia » (*d m*).

Jenofonte refiere que en recompensa de la adhesión de los cilicianos y de los cipriotas, Ciro el Grande jamás les sujetó al gobierno de sátrapas persas sino que les permitió seguir regidos por jefes indígenas (*d n*).

No de otra manera procedió Roma para llevar a cabo su estupenda empresa de dominación universal. Por de pronto, esto es, durante las primeras etapas de su carrera de conquistas, no se curó absolutamente de gobernar, mucho menos de administrar a los pueblos vencidos. Sometíalos, no para hacerles partícipes de los beneficios de sus leyes y de su cultura jurídica, sino para explotarlos y sacarles tributo; y del todo en todo indiferente a su bienestar, les dejaba en libertad de regirse como les diese la gana (*d ñ*). Merced a esta política, que no fué política liberal inspirada por el respeto al derecho, sino política de odio y desprecio, inspirada por el estatuto personal, la dominación de Roma tropezó con menos resistencias y se afianzó muy rápidamente.

Mas, cuando empezó a extender su imperio a lejanos países, le fué menester afianzarlo creando autoridades que mantuvieran a los vencidos bajo el yugo de su dominación porque a la distancia no podía de otra suerte vigilarlos, descubrir sus planes e impedir alzamientos sorpresivos. Al efecto, convirtió paulatinamente en provincias suyas a todos los grandes países que sojuzgó; y sin alterar en lo menor la organización política y administrativa de los Estados, puso a la cabeza de cada una de ellas un funcionario que bajo el título de *procónsul*, o de *prefecto*, o de *goberna-*

(*d m*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. III, cap. XV

(*d n*) Xenophon, *Cyropedie*, liv. VII, chap. IV.

(*d ñ*) Marquardt, *L'Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 204.

dor, asumía en nombre del pueblo y del Senado romano, todo el poder público, aun cuando de hecho apenas lo ejerciese sino en tanto cuanto era indispensable por una parte, para enriquecerse y por otra, para mantener la dominación de Roma.

En su estudio sobre la organización del Imperio Romano, Marquardt nos informa una y otra vez cómo Roma confería a las ciudades subyugadas la autonomía para administrar sus intereses locales y regirse como les pluguiese, al mismo tiempo que política y militarmente las sujetaba a un gobernador. A un régimen de esta naturaleza sometió las ciudades griegas; y las de Cilicia, continúa, quedaron en la misma situación que las de Grecia, las cuales junto con recibir el derecho de jurisdicción sobre sus ciudadanos, fueron reducidas a la condición de tributarias, sometidas a un gobernador. Plutarco nos dice que Marcellus restituyó la libertad a los siracusanos, pero lo que quiere decir es que aquel general romano los emancipó de la tiranía que los agobiaba y los repuso en el goce del derecho de administrarse y gobernarse a sí mismos. No se puede atribuir mayor alcance a las palabras de Plutarco porque Siracusa no quedó entre las ciudades independientes, sino que al igual de Thermas y de otras, quedó sometida a pagar diezmos y a reconocer la autoridad de un gobernador romano (*d o*).

Mientras los pueblos vencidos conservaron el carácter de Estados tributarios, o sea, hasta los fines de la República, los procónsules, prefectos y gobernadores romanos no fueron, a la verdad, más que simples militares encargados de afianzar y mantener las conquistas. Pero a la larga, después de combatir en numerosas guerras como auxiliares de Roma, se avinieron tan absolutamente a la dominación, que empezaron, uno tras otro, a reclamar la ciudadania romana; y por obra de esta rápida asimilación, los que podríamos llamar capitanes generales, quedaron de hecho con-

(*d o*) Marquardt. *L'Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 109 et 112.

vertidos en verdaderos gobernadores civiles o agentes políticos del Imperio Romano.

Merced a esta ramificación del gobierno, impuesta en sus orígenes por necesidades puramente militares, el estatuto personal cede una vez más el campo al estatuto real, por cuanto los jefes locales, cuyo gobierno se funda casi siempre en la sangre, son suplantados y eliminados por los jefes extraños, que la victoria impone.

§ 70. Tanto en las repúblicas como en las monarquías, y sea la constitución democrática, aristocrática o autocrática, en todos los tiempos y en todos los Estados corresponde al gobierno la facultad de expedir órdenes, decretos, reglamentos, ordenanzas, pragmáticas, cédulas, etc., para cumplir los mútiples fines con que se ha instituído.

Bajo la sugestión de la errónea doctrina de Montesquieu, que concretó la función del gobierno a la tarea de ejecutar las leyes, dándole el nombre de *Poder Ejecutivo*, los publicistas han llamado *potestad reglamentaria* a la facultad de expedir decretos. Pero si en realidad corresponde al gobierno no solo la observancia de las leyes, sino también la conservación del orden dentro o fuera de ellas, la organización de los servicios con o sin la cooperación legislativa, y sobre todo, la fijación de los rumbos del Estado, creemos que con más propiedad se puede dar a esta prerrogativa el nombre de *potestad política*. Si la potestad gubernativa fuese meramente reglamentaria, jamás podría expedir decretos orgánicos.

Así como la potestad judiciaria es inherente a los tribunales y la potestad legislativa a las legislaturas, así la potestad política es inherente a los gobiernos. Las Constituciones y demás leyes no pueden dársela ni quitársela, porque la tienen por el hecho de existir; solo pueden restringirla, ampliarla, hasta cierto punto reglamentarla. De consiguiente, aun en aquellos casos en que ellas no se la confieren expresamente, se entiende que el jefe del Estado está armado de la potestad política en tanto cuanto dichas leyes no se la restrinjan. Así, en Inglaterra donde algunas leyes han encargado expresamente a la corona su reglamentación,

el gobierno real se ha creído siempre facultado, sin oposición del Parlamento, para reglamentar también la ejecución de aquellas que no le han conferido tal facultad. ¿Por qué se cree armado de esta facultad cuando ley alguna se la ha conferido? porque todo gobierno la tiene por el hecho de ser gobierno.

Por efecto de la reacción contra el sistema autocrático, algunos publicistas norte-americanos han sostenido que en las repúblicas no puede el gobierno ejercer la potestad política sino en virtud de expresa delegación legislativa, y que ejercerla sin autorización es propio de las monarquías *(dp)*. A nuestro juicio, esta doctrina tal cual suena envuelve intrínsecamente un contrasentido en cuanto supone la posibilidad de que existan gobiernos sin la facultad de gobernar.

Para encontrarle fundamento, hay que distinguir la potestad que dicta decretos *reglamentarios*, así llamados aquellos que se concretan a *reglamentar* la observancia de las leyes, y la potestad que dicta decretos *orgánicos*, así llamados aquellos que organizan servicios y aquellos que en determinadas circunstancias hacen las veces de la ley y que la ciencia italiana llama *decretos-leyes*. Sin duda alguna, la potestad orgánica, que se ejerce sin cortapisas en las autocracias absolutas, no es inherente a los gobiernos y conviene más al régimen monárquico que al republicano.

Por el contrario, cuando la potestad política se mantiene en su carácter reglamentario, no se la puede tener por una prerrogativa de naturaleza autocrática y de simple y eliminable aditamento o adorno: es la facultad misma de gobernar; y así como no pueden los tribunales desempeñar sus funciones si no están armados de la facultad de dictar sentencias, así tampoco pueden los gobiernos desempeñar las suyas si no están armados de la facultad de expedir decretos (*dq*).

(*dp*) Goodnow, *Derecho Administrativo Comparado*, t. I, lib. I, cap. IV, § II.

(*dq*) En Chile, el Presidente de la República ejerce esta potestad no

Aun cuando la potestad orgánica convenga más al régimen monárquico, no por eso pueden proscribirla en absoluto las Constituciones republicanas. Como quiera que las leyes jamás preven todos los casos y sorpresas del porvenir, no podrían los gobiernos responder del orden y de su pacífico desenvolvimiento si estuviesen reducidos a reglamentarlas y ejecutarlas. En la vida de los pueblos, día a día, surgen males y necesidades que el legislador no previó, cuyos remedios no admiten espera y ante los cuales no puede el gobierno cruzarse de brazos por falta de facultades sin faltar a sus deberes más elementales. En tales casos, las más celosas democracias le instan a obrar sin pararse en pelillos constitucionales. Con razón dice Stein: nunca hubo ni habrá jamás en el mundo Estado que pueda ser regido solo por las leyes (*d r*).

Según Bertolini, la potestad política no se puede ejercer en Italia constitucionalmente sino para reglamentar la ejecución de las leyes, y se juzgan inconstitucionales aquellos decretos que se dictan, no decimos infringiéndolas, sino completándolas para llenar los vacíos que ellas han dejado. No obstante, conviene en que por excepción, en casos de suma y calificada urgencia, puede la corona expedir decretos-leyes bajo la inmediata responsabilidad de los ministros (*d rr*). En tales casos, el decreto-ley que se dicta, por ejemplo, para hacer fuera de presupuesto un gasto impostergable, se justifica política, no jurídicamente, suponiendo que el Ministerio parlamentario no hace más que interpretar la voluntad implícita del Poder Legislativo. De males y necesidades análogos, no están exentas las Repúblicas, y

---

solo como prerrogativa inherente a la Suprema Magistratura sino también a virtud de lo dispuesto por el artículo 73, inciso 2º de la Constitución, que entre sus atribuciones fija la de «expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea necesarios para la ejecución de las leyes».

Sobre la clasificación de los decretos, véase Stein, *Scienza della pubblica Amministrazione*, § 309.

(*d r*) Stein, *Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 309.

(*d rr*) Bertolini, *Saggi*, t. I, pag. 59 e 64.

sus gobiernos pueden sentirse precisados a ejercer la potestad orgánica lo mismo que los de cualquiera monarquía.

En principio es muy poco reglamentable el ejercicio de la potestad política porque teniendo que actuar la mayor parte del tiempo sobre el campo de lo imprevisto, a menudo fracasaría si hubiera de sujetarse a reglas preestablecidas de carácter muy rígido.

Merced al carácter prudencial que el ejercicio de la potestad política tiene, se pueden alternar en el gobierno con unas mismas leyes los radicales, los liberales y los conservadores y fijar en cada momento al Estado el rumbo que a juicio de la mayoría dominante, más convenga a la satisfacción de las necesidades sociales.

Empero, el que no convenga reglamentar el ejercicio de la potestad política no significa que sea arbitraria ni que so pretexto de conservar el orden, pueda violar las leyes sin la justificación de una necesidad absoluta e impostergable. Nunca deben olvidar los gobiernos que si el ejercicio de la potestad política está confiado a su sola prudencia, su campo de acción tiene en cada Estado limitaciones y vallas que no pueden ellos saltar sin trastorno del orden jurídico.

Es el vicio de que adolecieron las ordenanzas dictadas por Carlos X de Francia el 25 de Julio de 1830, y los decretos dictados por el Presidente de Chile el 1° de Enero de 1891.

El artículo 14 de la Constitución francesa estatuía que « el rey es el jefe supremo del Estado . . . y hace los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado » ; y con el pretexto de que el rey podía dictar todas las disposiciones que a su juicio fuesen indispensables para conservar el orden público, expidió en aquel día cuatro ordenanzas que venían a infringir leyes fundamentales del reino. Basta saber que una de ellas suspendía la libertad de imprenta y otra modificaba la ley de elecciones. Consecuencia de estas arbitrariedades fué la revolución que estalló a los pocos días y que derrocó la dinastía legitimista (*d s*).

(*d s*) Raiga, *Le Pouvoir Réglamentaire*. pag. 34 à 37.

Con no mayor respeto al orden jurídico procedió Balmaceda en 1891, porque so pretexto de que la Constitución (Art. 72) *confía al Presidente de la Republica la administración y el gobierno del Estado*, y le confiere *autoridad, sobre todo aquello que mira a la conservación del orden público*, decretó el 1° de Enero que mantendría el ejército y seguiría haciendo los gastos públicos sin autorización legislativa. Consecuencia de estas arbitrariedades fué la revolución que a los pocos días estalló encabezada por el Congreso y que después de cruentos sacrificios, derribó del poder a uno de los presidentes más patriotas, más laboriosos y más liberales que ha tenido la República.

A la verdad, por más indefinida que sea la potestad política, en los Estados constitucionales siempre se la debe suponer limitada por las leyes, y de consiguiente, carece jurídicamente de valor todo decreto que las infrinja (*d t*) o que so pretexto de reglamentarlas imposibilite o torne muy dificultoso el ejercicio de las libertades públicas y de los derechos cívicos.

Lo que mejor caracteriza la naturaleza política de un Estado es la mayor o menor extensión que en él tiene la potestad gubernativa. Mientras en las autocracias los gobiernos unen a la facultad de gobernar las de legislar y de juzgar, en muchas democracias están jurídicamente reducidos al papel de simples ejecutores de las leyes (*d u*). Dado este antecedente, es muy explicable el que en las constituciones de aquellos pueblos que vienen emancipándose de las monarquías absolutas, se restrinja la potestad política estableciéndose que los gobiernos deben concretarse a gobernar (*d v*).

(*d t*) Blackstone, ob. y loc. cit., pag. 362

(*d u*) Blackstone, *Commentaires sur les Lois Angloises*, t. I, liv. I, chap. VII, pag. 341.

(*d v*) En Francia, desde la revolucion de 1789 la potestad reglamentaria ha sufrido la influencia de las vicisitudes políticas. Las constituciones de 1791 y 1793 la restringeron hasta el punto de casi suprimirla en fuerza de la reacción que se operaba contra el poder real; pero en

Desgraciadamente no es tarea fácil deslindar el campo jurisdiccional de la potestad política. La Constitución de Chile enumera (Art. 28) unas materias que deja reservadas al conocimiento del Poder Legislativo; pero esta reserva ni se hace en todas las Constituciones, ni impide que la política actúe en las mismas materias por vía de reglamentación de las leyes respectivas. Es, además, incompleta puesto que no comprende materias como la propiedad, la familia, el testamento, etc., etc., cuya organización fundamental corresponde privativamente al legislador. En todo caso, cuando la ley haya enumerado por completo las materias que quedan reservadas a la potestad legislativa, faltará averiguar lo que sobre el mismo punto enseña la ciencia.

A nuestro juicio, el campo jurisdiccional de la potestad política se debe fijar y deslindar en concepto a la naturaleza de las funciones del gobierno; y si nos guiamos por este criterio, tenemos que cualquiera que sea la forma política del Estado, el gobierno no necesita para gobernar de otra facultad que de la de dictar disposiciones de derecho político y de derecho administrativo, y por consiguiente, para desempeñar sus funciones peculiares, no tiene por qué ejercer su potestad fuera de estos órdenes.

De aquí se infiere que aun cuando en las autocracias pasen las cosas de otra manera, ello es que al gobierno como gobierno no le corresponde hacer derecho civil, ni derecho comercial, ni derecho procesal, ni derecho

---

la del año VIII, dictada bajo la influencia de Napoleón, se declaraba que «el gobierno propone las leyes y hace los reglamentos necesarios a su cumplimiento» (Art. 44). La Carta de 1814, otorgada por Luis XVIII, mantuvo (Art. 14) esta facultad, la cual fué restringida por la Constitución de 1830. La Constitución de 1848 se limita a establecer (Art. 49) que el Presidente de la República tiene el derecho de proponer proyectos de ley por medio de sus ministros y de *supervigilar* y *asegurar la ejecución de las leyes*. La de 1852 (Art. 6) establece que el jefe del Estado hace los reglamentos y decretos necesarios para la ejecución de las leyes», y la de 1875 (Art. 3) que corresponde al Presidente de la República asegurar la ejecución de las leyes.

Stein, ob. cit., § 310.

penal. Sin duda, en todos los órdenes jurídicos, sin excepción alguna, puede la potestad política actuar legítimamente puesto que ninguno está substraído a la tuición del gobierno. Pero en todo caso debe actuar creando simple derecho administrativo sin jamás alterar los otros órdenes jurídicos. Reglamenta el servicio de los oficiales civiles que inscriben los matrimonios y los nacimientos, pero no organiza la familia; reglamenta el servicio de los registros conservadores de bienes raíces, pero no organiza la propiedad; reglamenta el servicio de las cárceles y de las prisiones, pero no instituye ni suprime penas.

Aunque el terreno propio de la actividad gubernativa sea el orden público, tampoco puede actuar dentro de él la potestad política sino sujeta a múltiples restricciones. Cuando la ley fija las atribuciones del gobierno, implícitamente le prohibe ejercer otras. Cuando la Constitución garantiza ciertas libertades, implícitamente manda al gobierno ampararlas. Por indefinida que sea la potestad del gobierno, en este como en los otros órdenes, actúa subordinada a las leyes.

El terreno donde siempre se reserva mayor extensión a la potestad política es el del orden propiamente administrativo. Actúa allí con menos limitaciones no solo porque originariamente la administración entera se crea y desarrolla por obra del gobierno, sino también porque el ejercicio de la potestad política en este orden mira solo a la situación de los empleados públicos y no esconde peligro alguno para los derechos privados ni para las libertades públicas. De aquí proviene sin duda el que las naciones más antiguas y más libres hayan conservado sin desconfianza a la potestad política el carácter orgánico en el orden administrativo. Según Dupriez, no es el legislador el que forma en Prusia los cuadros de la administración, ni el que crea los servicios y los empleos, ni el que asigna los emolumentos y las atribuciones, ni el que fija la competencia de los funcionarios administrativos; es la potestad política de la corona. La administracion entera ha sido creada y está regida por reglamentos reales. El *Landtag* no interviene sino cuando

los arreglos administrativos requieren un aumento de gastos, y anualmente concede en globo los fondos destinados al sostenimiento de cada servicio, y el gobierno los distribuye e invierte como le da la gana (*dx*). No de otra manera pasan las cosas en Francia, porque con el ostensible propósito de tener bajo la mano del gobierno el numerosísimo personal de la administración del Estado, se ha conservado en este orden sin alteración el régimen imperial, y bajo de la República corresponde, como antes, a la potestad política fijar las atribuciones, los deberes, la competencia y los derechos de los empleados públicos (*dy*).

En Chile, la Constitución reserva al Poder Legislativo la creación y la supresión de los empleos, la asignación de los sueldos y la fijación de las atribuciones; y los presupuestos de gastos públicos consignan una por una las dotaciones de los funcionarios, quitando al gobierno toda libertad para alterar la organización de los servicios del Estado. En respeto a este régimen, no puede el Presidente de la República alterar la organización de aquellos servicios que han sido instituídos por medio de leyes. Mas, a virtud de lo dispuesto por el artículo 72 de la Constitución, que le confía la administración y el gobierno del Estado, este magistrado se ha creído siempre autorizado, con la tolerancia del Poder Parlamentario, para anticiparse al legislador en la creación de servicios nuevos y para alterar y suprimir aquellos que han sido instituídos por simples decretos, aun cuando los presupuestos los hayan sancionado con la consignación de fondos. Desde hace cincuenta años esta es la inteligencia que prácticamente se ha atribuído a las disposiciones constitucionales.

Entre los empleos y servicios instituídos por obra de la potestad política, se cuentan unos cuyo sostenimiento requiere fondos especiales y que si en el primer año de su

(*dx*) Dupriez, ob. cit., pag. 493.

(*dy*) Dupriez, *Les Ministres*, t. I, pag. 439.
Stein, *Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 310.

creación se han costeado con el dinero que los presupuestos han dado para atender a necesidades imprevistas, no han podido mantenerse posteriormente sino merced a la ratificación parlamentaria. Por simples decretos ratificados por los presupuestos posteriores, se han instituído originariamente en Chile el Cuerpo de Ingenieros Civiles (1843), la Delegación Fiscal de Salitreras (1887), la Dirección General de Prisiones (1889), el Consejo de Higiene (1889), los correos, los telégrafos, los establecimientos de instrucción pública y casi todos los servicios del Estado. Si los más de ellos aparecen hoy regidos por leyes especiales, es porque el legislador ha llegado a organizarlos cuando estaban ya más o menos desarrollados.

Otros servicios y empleos no suponen aumento de gastos, a lo menos en el acto de su creación; y cuando se los ha creado, han solido funcionar durante largos años sin noticia del Poder Legislativo. Así se instituyó en 1830 la Junta de Vacuna y sus servicios se confiaron a personas filantrópicas que se avinieron a prestarlos gratuitamente. Así se instituyó en 1843 la Oficina Central de Estadística, y sus servicios se confiaron al secretario de la Aduana de Valparaiso y al oficial 1° de la Intendencia de Santiago, que no exigieron por esta nueva carga aumento de sueldo. Así se instituyó en 1868 el servicio de giros postales, que se puso en manos de los empleados de correos; así, en 1871 la Oficina de Canje de Publicaciones, encomendada a los empleados de la Biblioteca Nacional; así, en 1872 la Oficina General de Inmigración, encomendada a la Sociedad Nacional de Agricultura; así, en 1873 la Oficina Hidrográfica, encomendada a marinos de la escuadra nacional, etc., etc.

Como lo observa Di Bernardo, la potestad reglamentaria cuando mira a la aplicación de las leyes, no es prerrogativa exclusiva del gobierno central. También la ejercen los jefes o gobernadores de las provincias. «Estando más o menos alejados de la capital, estos altos funcionarios conocen mejor que cualesquiera otros las necesidades locales y se encuentran en grado de armonizar la aplicación de las leyes con las circunstancias y con las condiciones especiales del

ambiente. Mas, en el ejercicio de esta potestad ellos deben respetar no solo las disposiciones de las leyes sino también los reglamentos y decretos expedidos por los jefes de las administraciones generales. Los reglamentos expedidos por los prefectos se dicen *provinciales* porque solo tienen vigor en la provincia en que se dictan» (*d z*).

Aun los alcaldes ejercen la potestad reglamentaria en la aplicación de los reglamentos, ordenanzas y decretos municipales.

En Francia, antes de la revolución, ejercían la potestad reglamentaria no solo el rey sino también los Parlamentos, esto es, los tribunales superiores de justicia. Habían adquirido ellos esta facultad, lo mismo que la de administrar justicia, por una especial delegación de la corona, de suerte que el ejercicio de la potestad dejaba adivinar que originariamente ellos habían formado parte del gobierno. Un decreto del 16 de Agosto de 1790 dispuso que para lo sucesivo, a fin de respetar la separación de los poderes, proclamada por la Constitución de 1789, los tribunales no podrían hacer reglamentos y que debían dirigirse al Cuerpo Legislativo siempre que juzgasen necesario interpretar alguna ley o dictar una nueva (*e a*).

El estudio de la potestad política es sobre modo interesante no solo porque ella constituye una de las fuentes principales del derecho, en especial del derecho administrativo, sino también porque su mayor o menor extensión da la medida de las libertades públicas. No incurriríamos en hi-

---

(*d z*) Di Bernardo, *La Sociologia e la pubblica Amministrazione*, t. II, pag. 627.

Stein, *Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 309 *d*.

(*e a*) Raiga, *Le Pouvoir Réglamentaire*, pag. 15 et 17.

El decreto francés de 1790 es, sin duda, el origen del artículo 5 de nuestro Código Civil, que dice: «La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de Marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas».

pérbole si dijéramos que en gran parte la historia de las alzas y bajas de la potestad política lleva siempre envuelta la historia de las vicisitudes de la libertad.

En Roma, mientras rigieron las instituciones republicanas, casi no se conocieron más que los senadoconsultos y los plebiscitos: por lo menos no han llegado hasta nosotros disposiciones emanadas de la potestad reglamentaria (*e b*). Pero desde que el Imperio empezó a usurpar todos los poderes, empezaron a rarear las disposiciones emanadas del Poder Legislativo y a multiplicarse los edictos, los rescriptos, las cédulas y las constituciones imperiales. Desde Caracalla, no se vuelven a encontrar senadoconsultos, y los códigos romanos que han llegado hasta nosotros fueron obras de los emperadores (*e c*).

En Inglaterra, donde la conquista normanda suplantó las instituciones democráticas con la reyecía absoluta, todas las leyes de la época normanda, dice Gneist, no son más que proclamas, cédulas e instituciones administrativas revocables. Aun en nuestros días, los decretos (*writs*) forman la esencia del Derecho Administrativo inglés, y para las concesiones graciosas de carácter más durable, se usan las cédulas. Solo bajo los reinados de los tres Eduardos (1272-1377), se estableció que lo acordado entre el rey, el gran Consejo y los Comunes no se podía abrogar sino en la misma forma. Bajo Ricardo II (1377-1399), se agregó que no se podía dictar nuevas leyes sin el consentimiento de los comunes, y desde Enrique V (1413-1422), que ellos no serian obligados en ningún caso contra su voluntad. Así,

(*e b*) Es de presumir que la falta de derecho reglamentario provenga, no de que no lo hubiese, sino de su carácter transitorio. En las repúblicas antiguas, la disposición dictada por un magistrado temporal solo regía mientras él permanecía en el ejercicio de sus funciones. Así, en Atenas se dictaban decretos en gran número, según el testimonio de Demóstenes; pero si no eran sancionados por una ley, su vigencia no se prolongaba por más de un año. Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. VI, pag. 75 et t. VII, pag. 73 et 77.

(*e c*) Meyer, *De la Codification*, pag. 73.

concluye Gneist, quedó establecida la diferencia entre las leyes propiamente tales y los decretos (*e d*).

§ 71. Según lo hemos dicho más arriba, el llamado *Reino de Chile* (*e e*) constituyó hasta 1786 una sola provincia del Virreinato de Lima, gobernada por un capitán general y dividida, para los efectos judiciales, en catorce corregimientos.

El cargo de corregidor, cuya institución originaria estudiaremos más adelante (§ 92), era a los principios eventual porque la corona lo proveía, ora de oficio, ora a pedimento de los pueblos, en casos y ocasiones particulares para resolver cuestiones o dificultades civiles o criminales (*e f*).

(*e d*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 183, 184 et 321.

(*e e*) Es de presumir que la denominación de *Reino de Chile* se usase por los primeros conquistadores en el sentido de *país* o *provincia de Chile*. Propiamente hablando, Chile no era un reino porque todo el país estaba dividido en comunidades, las del norte del río Maule, bajo la soberanía de los Incas, y las del sur, independientes.

Rosales explica de manera muy diversa la denominación. « En aquellas Cortes (dice, más o menos hacia 1553), el Emperador... trató de casar a su hijo Phelipe II, Príncipe de las Españas, con la Serenísima doña María, única y singular heredera de los Reynos de Inglaterra, y como los grandes de aquel Reyno, reconociendo que doña María era legítima Reyna, respondiessen que avia de ser Rey tambien quien se casasse con ella, se trató de que el Príncipe se coronase por Rey de Chile, y como ya estas Provincias, que ántes no tenían otro título, estubiessen por del Emperador, y perteneciessen a la corona de Castilla, dixo: « pues hagamos Reyno a Chile », y desde entonces quedó con ese nombre ». Rosales, *Historia de Chile*, t. II, lib. IV, cap. IX, pág. 41.

Sobre el origen etimológico del nombre *Chile*, y sobre el origen histórico de la expresión *Reino de Chile*, véase Amunátegui, *Apuntaciones Lexicográficas*, t. II, artículo Chile, pág. 62 a 86.

(*e f*) Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. I, lib. I, cap. II, pág. 17.

Originariamente en España los intendentes tenían en su jurisdicción el carácter de administradores superiores de todos los ramos del servicio público. Una real cédula de 1766 dispuso que para evitar embarazos y confusión en la administración de justicia, se separasen los corregimientos de las intendencias en todo el reino; que los corregidores ejercieran en su par-

Más tarde, con el ostensible propósito de substraer la justicia de manos de los ayuntamientos, se dió carácter de permanente al cargo y el de ánuos a los titulares. Por fin, los reyes católicos adoptaron por sí y ante sí la práctica de nombrar los corregidores por tiempo indefinido. En Chile estos funcionarios fueron siempre vitalicios, a lo menos de hecho.

En 1786 se dividió el territorio en dos provincias y diez y nueve partidos, los cuales en 1808 se aumentaron a veintidós. A la cabeza de cada provincia se puso un jefe que se distinguió con el nombre de *gobernador-intendente*, sin duda para indicar que tenía a su cargo no solo las funciones políticas sino también las de administrador superior de la real hacienda (*e g*).

A la cabeza de cada partido, quedó el alcalde ordinario con jurisdicción en lo civil y lo político, y un subdelegado de intendente con jurisdicción en lo tocante a la real hacienda.

Tal era el régimen que imperaba en Chile cuando en 1810 estalló la revolución de la Independencia. Pero muy pronto se advirtió que para animar las fuerzas vivas de las poblaciones del norte en favor de la emancipación, carecían de autoridad moral los empleados puramente administrativos; y apenas congregado el primer Congreso Nacional, se creó la nueva provincia de Coquimbo y se puso a la cabeza de ella un gobernador político y militar (23 de Septiembre de 1811).

La Constitución de 1818 respetó la división tripartida del Estado, dejó un gobernador-intendente a la cabeza de cada provincia y creó para cada partido un teniente-gobernador. A unos y otros funcionarios confirió en su capítulo IV atribuciones judiciales para conocer en los nego-

tido las facultades de justicia y policía, y que los intendentes se circunscribiesen y ciñesen a los ramos de hacienda y guerra. Ley 26, tit. II, lib. 7 de la Nov. *Recop.*

(*e g*) Guevara. *Historia de la Civilizacion de Araucanía*. t. II. cap. X, pág. 612 y 613.

cios contenciosos, con apelación a la Cámara de Justicia. Exceptuáronse de esta jurisdicción las causas de policía y las de hacienda, cuyo conocimiento se reservó para los gobernadores-intendentes, con apelación respectivamente a la Cámara de Justicia y a la Junta Superior de Hacienda.

En la Constitución de 1822 se suprimieron (Art. 142) las intendencias, se mandó dividir el territorio en departamentos y éstos en distritos, y se puso (Art. 143) a la cabeza de cada departamento un juez mayor con el nombre de Delegado Directorial, que mandase en lo político y militar y que administrase la justicia asistido por un asesor (Art. 149). A la vez se dispuso (Art. 154) que en la capital de cada departamento hubiese un teniente de la tesorería general, por manera que con mucho acierto quitaba al jefe político el título de *intendente* el mismo código que encomendaba a otro funcionario la administración de la hacienda pública.

Independizadas a la caída de O'Higgins las tres provincias de Concepción, Santiago y Coquimbo, sus Plenipotenciarios firmaron el 30 de Marzo el acta de unión que reconstituyó la unidad del Estado chileno. Ordenábase en esta Carta Constitucional erigir seis departamentos y poner a la cabeza de cada uno « un jefe político con el título de intendente », nombrado por el gobierno de una terna elegida popularmente.

La misma Acta mandaba dividir los departamentos en delegaciones, a la cabeza de cada una de las cuales debía ir un delegado; y las delegaciones, en distritos, a la cabeza de cada uno de los cuales debía ir un subdelegado.

Aquel arreglo no rigió largo tiempo. En una nueva Constitución, promulgada el 29 de de Diciembre de 1823, se dividió el Estado (Art. 190 y siguientes) en departamentos, delegaciones, subdelegaciones, prefecturas e inspecciones, y se pusieron a la cabeza de estas secciones respectivamente gobernadores, delegados, subdelegados, prefectos e inspectores.

Abrogada esta Constitución antes de que se la diera cabal cumplimiento, o sea en Enero de 1825, el gobierno dividió

el territorio de la República, por decreto fechado el 31 de Enero de 1826, en ocho provincias; y esta división fué sancionada por la ley del 30 de Agosto del mismo año. La ley del 12 de Octubre de 1826 y las Constituciones de 1828 y 1833 dieron al jefe de la provincia el título de intendente; y la última, que es la vigente, dividió la provincia en departamentos, regidos por gobernadores; el departamento en subdelegaciones, regidos por subdelegados; y la subdelegación en distritos, regidos por inspectores.

En los datos históricos que hemos apuntado, está la explicación de esta terminología. Originariamente, en 1786, el jefe de la provincia se llamaba con toda propiedad gobernador-intendente porque acumulaba en sus manos las funciones políticas y de hacienda. Los legisladores de 1826, 1828 y 1833 encontraron muy largo el título, y sin darse cuenta de lo que hacían, le cercenaron la mitad dejando al jefe de la provincia la denominación de intendente, que había tenido como administrador de la hacienda, y quitándole la de gobernador, que era la que le convenía como agente político.

En la Constitución de 1823, redactada por don Juan Egaña, hubo delegaciones, subdelegaciones e inspecciones regidas respectivamente por delegados, subdelegados e inspectores; y en la de 1833, en cuya confección tomaron parte importante don Mariano y don Juan Egaña, se suprimieron las delegaciones y los delegados, y no obstante se dejaron subsistentes las subdelegaciones y los subdelegados; se suprimieron las inspecciones, pero no los inspectores.

En los últimos años, a influjo de la odiosidad suscitada en los partidos de oposición por los abusos de los funcionarios políticos, se ha empezado a reclamar en Chile la supresión de los intendentes y de los gobernadores. La campaña hecha el año de 1892 en el Congreso, durante la discusión de los presupuestos, para quitarles el sueldo fué directamente encaminada a este propósito. Por ese medio se quiere desarmar al gobierno e incapacitarle para violar los derechos electorales.

El camino no puede ser más errado. El gobierno inter-

viene en las elecciones no solo por medio de los intendentes y de los gobernadores, sino también por medio de los notarios, de los jueces, de los oficiales civiles, de los tesoreros fiscales, y sobre todo, por medio de la policía. Para ser lógicos, habría que suprimir casi todos los servicios del Estado. ¿Quién no ha conocido jueces que para dictar sus fallos en los autos sobre inclusiones o exclusiones de mayores contribuyentes y de ciudadanos electores se asesoraban con los grandes electores de la República? ¿Por eso suprimiríamos la justicia?

Es un error, hijo de la ignorancia de la ciencia política, el creer que un funcionario político no tiene que hacer cuando no tiene a su cargo funciones administrativas.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

Génesis de la Fuerza pública.

SUMARIO. — § 72. La fuerza pública. — § 73. Confusión primitiva de la población y la fuerza pública. — § 74. Predominio del estatuto personal en la organización primitiva de la fuerza pública. — § 75. La organización decimal de la fuerza pública. — § 76. Organización militar de Roma. — § 77. Gratuidad del servicio militar primitivo: el botín. — § 78. Causas sociales de la diversificación de las funciones militares. — § 79. Los mercenarios, el sueldo y el ejército permanente. — § 80. Naturaleza del servicio de policía. — § 81. Su complejidad. — § 82. Sus orígenes sociales. — § 83. Su evolución.— § 84. Orígenes históricos de la policía en Chile.

§ 72. Entre las numerosas instituciones que en las naciones más adelantadas componen el Estado, cuéntanse varias que con ser indispensables al desenvolvimiento de la vida política, se podrían suprimir sin que peligrase por esta causa la existencia misma del Estado. La supresión de tales instituciones trae consigo, no la suspensión de la vida del Estado, sino la de las funciones correspondientes.

Otras instituciones son, por el contrario, de carácter tan fundamental que jamás pueden faltar sin que peligre la existencia del Estado, y entre éstas cuéntase sin duda la de la fuerza pública. Como quiera, dice Stein, que el ejército es un elemento orgánico de la vida del Estado, nunca hubo ni habrá jamás Estado sin ejército (*a*).

(*a*) Stein, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 83.

Según Ihering, la palabra *ejército*, en latín *exercitus*, significa literalmente: fuerza que sale de la fortaleza, *ex arce*. Ihering, *Prehistoria*

Según ya lo hemos observado, uno de los principios fundamentales del Estado es la subordinación, merced a la cual se garantiza el indispensable acatamiento a las autoridades y a las leyes. Pero dada la diversidad de caracteres, de tendencias, de propósitos, de ideas, jamás se tendría la subordinación general y absoluta si el Estado no dispusiera de medios coactivos para imponer la conformidad.

Así mismo hemos observado que los Estados se forman originariamente por efecto de las necesidades bélicas, que precisan a los pueblos a organizarse para vencer en la lucha por la vida. Aquellos que en este primer período no disponen de los elementos militares indispensables para garantizar la victoria perecen antes de llegar a la edad adulta.

Pues bien, la fuerza pública se organiza espontáneamente con estos dos objetos primordiales y desempeña el doble papel de instrumento de victoria para mantener la independencia en lo exterior, y de medio de coacción para conservar el orden en lo interior.

Empero, no se pretenda dar a nuestras palabras un alcance que no tienen. Cuando decimos que la fuerza pública es un medio de coacción, no queremos en manera alguna dejar entender que a nuestro juicio, no haya coacción sin fuerza. Lejos de pensar tal cosa, creemos, al contrario, que la fuerza no es el medio más eficaz ni más regular de coacción, como que en el orden interno, casi no cabe que se la emplee sino contra los *rebeldes*, esto es, contra aquellos, los malhechores por un lado y los revolucionarios por otro, que niegan obediencia a las autoridades o las leyes. Con respecto a la generalidad de los ciudadanos, son raros los casos en que proceda contra ella el empleo de la fuerza. Con la sola y diminuta excepción de los rebeldes, todos respetan el orden jurídico o porque los hábitos tradicionales, hábitos casi irrenunciables, les imponen el respeto, o porque

de los Indo-europeos. § 43, pág. 418. Originariamente, por consiguiente, cuando la población entera de Roma estaba organizada para la guerra, se dió el nombre de ejército a un destacamento o división que salía a campaña.

su interés está en no violarlo, o porque la opinión común y su medio social, y sus amigos, y sus parientes, y la propia conciencia reprueban las infracciones (*b*). Como medio de coacción carece la fuerza de verdadera eficacia política cuando actúa contra el sentimiento social, y en general no tiene más ventaja que la de poderse manejar a voluntad. Durante la Edad Media, hasta el torpe establecimiento de la Inquisición en el siglo XIII, la iglesia católica enseñó a las potestades temporales cómo se puede desarrollar la dominación de los pueblos hasta el más ilimitado absolutismo sin emplear otros medios de coacción que los de naturaleza moral. Podemos concluir, entonces, que no necesita el Estado emplear a cada momento la fuerza porque estas coacciones puramente morales, mucho más eficaces, están siempre actuando y secundando sus propósitos. En otros términos, el orden jurídico nace y se mantiene por sí mismo desde antes que llegue el Estado a imponerlo a los rebeldes por medio de la fuerza. Así lo prueba el hecho ya demostrado de que en las etapas inferiores del desarrollo político la fuerza no desempeñe función alguna en la empresa de asegurar la cooperación y la subordinación general.

En todo Estado hay que distinguir las fuerzas nativas o en esencia y las fuerzas organizadas o en potencia. El número de hombres en estado de cargar armas, la calidad de los baluartes territoriales, y el monto de las riquezas del suelo dan la medida, no de las fuerzas con que el Estado cuenta en un momento determinado, sino de las que podría desarrollar a la larga. Sin el estudio de estos elementos, no puede el estadista graduar hasta dónde le es dable desarrollar la potencialidad militar del Estado. Pero en una guerra, casi no son utilizables las fuerzas nativas sino en tanto cuanto han sido de antemano organizadas; y para el enemigo extranjero, la organización militar con los ferrocarriles, los acorazados y los elementos bélicos, determina por sí sola la fuerza de ataque y de defensa. Sin hipérbole se puede afir-

(*b*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, vol. I, pág. 108, edición de 1915.

mar que las fuerzas nativas de China son a lo menos diez veces mayores que las del Japón; y si en la guerra de 1895 triunfó irresistiblemente el Mikado, fué merced a la superioridad de sus fuerzas organizadas.

En los primeros grados del desenvolvimiento político, hasta el de semi-civilización inclusive, una sola institución, el ejército, constituye toda la fuerza pública y cuando el gobierno toma a su cargo la tarea de hacer respetar el derecho, ella atiende simultáneamente a los dos fines indicados, el de la independencia y el del orden. Pero a virtud de causas sociales que expondremos más adelante, en la vida de todas las naciones más civilizadas, ha llegado fatalmente una época en que se ha juzgado indispensable desdoblar la fuerza pública, creando una nueva institución, la de la policía, para descargar al ejército de la atención permanente del orden interno.

Aunque el ejército se organice principalmente para la defensa exterior y para la defensa interior la policía, ambas instituciones se unen en el propósito común de amparar al Estado contra los peligros que amaguen o su existencia, o su pacífico y regular desenvolvimiento. Bien se deja ver esta comunidad de propósitos en los casos de guerras exteriores, cuando aparece la policía llevando auxilio al ejército, y en los de conmociones internas, cuando aparece el ejército prestando ayuda a la policía.

Cualesquiera que sean la organización del ejército y la de la policía, ambas instituciones tienen dos caracteres comunes que asemejan la una a la otra y la distinguen de las demás instituciones públicas, pero a la vez tienen uno que establece entre las dos ramas diferencias que a la larga imponen su diversificación.

El primero de los caracteres comunes es que ambas instituciones prestan más servicios al Estado con su sola presencia que con su efectiva actuación. A diferencia de las otras instituciones, cuya utilidad se mide ordinariamente por el grado de su actividad, el ejército y la policía merecen mayor galardón cuando por efecto de su organización y de su potencia permanecen inactivos porque no hay enemigos

exteriores con quienes pelear ni facinerosos dentro del territorio a quienes perseguir, que cuando entrando en plena actividad afianzan la tranquilidad social con múltiples aprehensiones, y la independencia nacional con cien victorias. De ningunas otras se puede decir lo mismo.

El segundo de los caracteres que asemejan al ejército la policía es que ambas instituciones carecen de autonomía en cuanto no pueden desempeñar sus funciones peculiares de fuerza amparadora del Estado sino a virtud de órdenes extrañas.

Por el hecho de que la fuerza sea la fuerza, tiene que subordinarse a los Poderes encargados de dirigir el Estado. Cuando en los períodos anormales de los pueblos conquista ella de hecho la libertad de acción, no tardan en entronizarse el militarismo ni en perecer las libertades públicas. Como quiera que la fuerza pública es el instrumento más potente de la función ejecutiva del Estado, dice Stein, debe concretarse a obedecer incondicionalmente y no pretender que se la dé participación ni en el gobierno, ni en el Poder Legislativo. La historia de todos los tiempos y de todas las naciones nos enseña que siempre que la fuerza militar prevalece contra la potestad civil, la libertad viene a menos y en su lugar surge el despotismo (c).

No obstante estos caracteres que asemejan el ejército a la policía, debemos evitar el error vulgar de confundir ambas instituciones. Dintínguense no tanto por sus fines, puesto que cada una de las dos puede ser llamada a secundar los de la otra, sino por sus modos de proceder, esencialmente diversos. Llamado el ejército a aniquilar a los

(c) Stein, *Scienza della Pubblica Amministrazione*, pag. 165.

Apenas necesitamos prevenir que la exclusión del militarismo no implica en manera alguna la de los militares, los cuales aun prescindiendo de algunos que sobresalgan por sus dotes políticas, pueden prestar buenos servicios no solo en los consejos de gobierno sino también en los cuerpos legislativos merced a su competencia especialísima. En Chile los generales O'Higgins (1817-1823) y Bulnes (1841-1851), se cuentan entre los mejores Presidentes que la República ha tenido.

enemigos de la nación, no tiene porqué ajustar sus procedimientos a normas jurídicas que le impongan el respeto a las personas o a las cosas. Siempre que no ofenda con sus actos los sentimientos actuales de humanidad, puede destruir vidas, propiedades y cuanto juzgue necesario para alcanzar la victoria. La policía no tiene la misma libertad de acción. Encargada de mantener el orden, no puede proceder contra las personas sino cuando ello sea absolutamente indispensable para restablecerlo; y por regla general, sus procedimientos se sujetan a normas jurídicas que tienen por objeto poner a salvo las garantías individuales y las libertades públicas. Cuando bajo la inspiración de gobernantes despóticos prescinde la policía de estas normas jurídicas, en el acto sobreviene la alarma general porque de fuerza amparadora del derecho que era, por el hecho de infringirlas se convierte en fuerza amenazante.

Aunque la fuerza pública sirva al Estado entero y por consiguiente, a todos los Poderes, ella actúa particularmente sometida al gobierno. A diferencia de las instituciones propiamente administrativas, cuya naturaleza servil no se concilia con la de los Poderes Públicos, el ejército y la policía son los brazos del gobierno, son partes integrantes del gobierno, en cuanto le corresponde conservar el orden y resguardar la independencia del Estado.

Cuando las Constituciones de los pueblos civilizados han confiado al príncipe la dirección superior de la fuerza pública, sin duda han establecido este régimen no solo por efecto de los antecedentes, de los cuales se infiere que a los principios no hay más jefe político que el jefe militar (§ 65), sino también porque han advertido que para cumplir su misión, los gobiernos necesitan indispensablemente disponer del ejército y de la policía (*ch*).

Haciendo una metonimia, decimos que corresponde a la fuerza pública conservar el orden y resguardar la independencia del Estado. En realidad, esta misión corresponde

(*ch*) Stein. *La Scienza della Pubblica Amministrazione*. pag. 95

al gobierno, y si la atribuimos ordinariamente al ejército y a la policía, es porque para cumplirla, el gobierno tiene que valerse de ambas instituciones a la manera de instrumentos de coacción y defensa.

§ 73. Si un miembro cualquiera no puede existir antes que el cuerpo de que forma parte integrante, dado el carácter orgánico del Estado tampoco puede existir el ejército antes que el Estado mismo. En corroboración de este principio, inferido *a priori* de la naturaleza de toda organización política, los viajeros, los misioneros y los etnógrafos atestiguan que en las sociedades primitivas, aunque vivan en estado de guerra perpetua, no se conoce la institución que llamamos *ejército*, encargada de resguardar la independencia nacional. Según lo hemos venido demostrando, no existe en ellas la diversificación de las funciones públicas, por manera que cuando sobreviene la guerra, todos los hombres válidos toman las armas, los ancianos acuerdan el plan de campaña y las mujeres atienden a los heridos. Fuera de los niños y de los inválidos, ninguno se substrae de la participación activa, y a cada guerra, el pueblo entero se convierte, no diremos en ejército, puesto que no se organiza, pero sí en fuerza militar.

Los testimonios comprobatorios abundan en la historia y en la etnografía. Según los cronistas del Coloniaje, nunca acostumbraron los araucanos aplicar permanente y exclusivamente una porción de cada tribu a las faenas de la paz y la otra al servicio militar; pero no por esto se mostraban más remisos para el ataque y para la defensa, porque cuando un cacique quería hacer la guerra acudían a su voz, dice Alonso de Ovalle, todos los indios de su reducción con armas y caballos (*d*).

(*d*) Alonso de Ovalle, *Histórica Relación*, t. I, lib. III, cap. V, pág. 169.

Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, t. I, cap. X, página 291.

Ercilla atestigua lo contrario, o sea, que entre los araucanos se distinguía al tiempo de la conquista la población militar de la civil:

Así mismo, entre los indígenas de Australia, según Freycinet, « no existe ningún cuerpo militar permanente, sino que cuando el interés general lo reclama, la tribu entera toma las armas; y al movilizarse esta fuerza, la siguen todos, hombres, mujeres y niños » (*e*).

Si remontamos algunos siglos en el curso de la historia, encontramos que los pueblos de otras épocas siguieron las mismas prácticas.

Entre los anglo-sajones, dice Gneist, « la constitución militar se fundaba en la obligación que con igual peso gravaba a todos los hombres libres de prestar sus servicios » en los casos de guerra; y en la monarquía franca, según Fustel de Coulanges, estaban tan poco diversificadas las funciones militares que en el lenguaje corriente se confundían el ejército y el pueblo y ambas voces, *exercitus* y *populus*, se usaban promiscuamente (*f*). Lo mismo pasaba entre los visigodos de España porque « al principio de la reconquista, dice Colmeiro, todos los hombres capaces de llevar las armas acudían en tropel a la hueste del rey y militaban debajo de su enseña (*g*).

Régimen análogo había imperado siglos antes en Atenas: con arreglo a las leyes de Solon, las cuales no hicieron en este punto más que ratificar el derecho preexistente, todos

« Los que están a la guerra dedicados
No son a otros servicios constreñidos,
Del trabajo y labranza reservados
Y de la gente baja mantenidos ».

La Araucana, canto I, pág. 6.

Nosotros no tenemos datos para decidir en esta contradicción. Pero no podemos menos de observar que sería cosa extraordinaria el que los araucanos hubiesen llegado en hora tan temprana a la diversificación de las funciones militares.

(*e*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 787.

(*f*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 35. Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. III, pag. 67.

(*g*) Colmeiro, *Historia de la Constitucion y del Gobierno de los reinos de Leon y de Castilla*, t. II, pág. 263.

los ciudadanos eran soldados. Empezaba la vida militar a los 18 años, edad en que el varón recibía las armas y salía a establecerse de guarnición en la frontera por un bienio, y pasado este período, quedaba obligado a correr en defensa del Estado siempre que se le llamase (*h*).

En Esparta imperaba y subsistió el mismo régimen hasta una época en que los demás Estados griegos lo habían dejado caer en desuso. « Al revés de lo que ocurría en el resto de la Grecia, dice Fustel de Coulanges, allí los ciudadanos eran soldados aun en tiempo de paz, y el servicio militar les obligaba durante 40 años de la vida » (*i*).

Por último, en la primitiva organización militar del pueblo romano, todos los ciudadanos estaban obligados a cargar armas y prestar el servicio activo desde los 17 hasta los 45 años de edad, y en seguida el servicio de reserva hasta los 60. A la población armada, que más o menos era la misma que tenía derecho de asistir a los comicios, se daba indistintamente los nombres de *exercitus* y *populus*, y la constitución política del Estado se confundía con su constitución militar (*j*).

De estos datos se infiere que en Roma, así como en todos los pueblos atrasados, el carácter militar iba vinculado a la ciudadanía; todo ciudadano era soldado, todo soldado era ciudadano, y jurídicamente no se podía hacer distinción entre el pueblo y el ejército.

Tampoco se podía hacerla físicamente, por las apariencias, porque en los pueblos bárbaros no se usan uniformes

---

(*h*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*. t. I. pag. 280.

(*i*) Fustel de Coulanges, *Nouvelles Recherches*, pag. 77.

(*j*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*. t. VI[1], pag. 2, 114, 117 et 273.
Marquardt, *L'Organisation Militaire chez les Romains*, pag. 9.
Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 20, pag. 247 et 249.
Ya hemos observado en otra parte (§ 24) que si solo los patricios se distinguían con el apelativo de *quirites*, lanceros, es porque originariamente solo ellos constituían todo el pueblo romano. Sobre los orígenes de la palabra *quirites*, véase Plutarco, *Vies des Hommes Illustres*, T. I, pág. 82.

especiales para la guerra, ni galones, presillas, colores u otros signos que sirvan para distinguir al ciudadano en servicio activo del ciudadano en disponibilidad. A lo más, suelen llevar distintivos y adornos vistosos aquellos que, sean o nó jefes, han sobresalido por sus proezas y hazañas, como lo observan algunos cronistas españoles con referencia a ciertos pueblos de estas Américas (*k*).

Empero, sería incurrir en error creer que bajo el respeto de la organización y la disciplina, se pueda tomar un pueblo salvaje o bárbaro por un verdadero ejército. En realidad, cada pueblo no es en la guerra más que una *horda* anorgánica e indisciplinada que en las batallas acomete en

(*k*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. II, libro XXV, cap. XXII, pág. 330, y t. III, lib. XXIX, cap. XXIII, pág. 118, cap. XXVI, pág. 130.

De los indios del Darien, dice López de Gómara, que cuando iban a la guerra, llevaban en la cabeza «grandes penachos por gentileza». López de Gómara, *Historia general de las Indias*, pág. 199.

En Francia no era todavía de rigor el uniforme a los principios del reinado de Luis XIV, y cada capitán vestía a los soldados de su compañía como quería o como podía.

Sábese que la organización moderna del ejército francés fué obra de Michel Le Tellier, que actuó como secretario de Estado desde 1643 hasta 1685, y sobre todo, de su hijo el célebre marqués de Louvois, que actuó como secretario de Estado desde 1662, cuando solo contaba 21 años de edad, hasta 1691. A la perseverancia y dotes administrativas de ambos, secundada por la afición de Luis XIV al brillo externo, se debe sin duda la adopción del uniforme militar. André, *Michel Le Tellier*, chap. VII, pag. 339. - Rousset, *Histoire de Louvois*, t. I, chap. III, pag. 185 et 208. El uniforme, que tanta utilidad reporta al servicio militar, no parece haberse adoptado sino en razón de la economía que el Estado obtenía confeccionando los trajes de una misma calidad y tela en enormes cantidades.

No está fuera de lugar recordar que fué Louvois también quien adoptó la bayoneta *á douille*, inventada por Vauban, y hoy usada en el mundo entero. Hasta entonces el fusil era arma poco apreciada, y aún se habia proscrito su uso en el ejército porque no se podía disparar cuando estaba montada la bayoneta. Se prefería el mosquete y la pica. Con la invención de Vauban, que consistió en montar la bayoneta fuera de la línea del disparo, el fusil triunfó porque merced a ella pudo prestar a la vez los servicios de las otras dos armas rivales. Rousset, ob. cit. A. I, chap. III, pag. 190 et t. III, chap. V, pag. 328.

pelotones y obedece mucho menos a las órdenes de su jefe, que a los impulsos irrefrenables del valor o del miedo.

Lo que mejor caracteriza a la horda es que a diferencia de los ejércitos, vive y pelea en estado anorgánico. En ella, cada cual lleva los arreos, armas y vestimentas que más le acomodan; sin formar cuerpos especiales, unos van a caballo, otros a pie; entremezclados todos confusamente, no se distingue la caballería de la infantería, ni los flecheros de los lanceros o los hónderos; y por último, son absolutamente desconocidos los distintivos y uniformes de cuerpos (*l*).

Según Heródoto, hasta los tiempos de Ciajares los medos «iban al combate mezclados y en confusión» y según Jenofonte, hasta los tiempos de Ciro, los persas no habían separado la caballería de la infantería (*m*).

Strabon dice que entre los soanes del Cáucaso, todos los hombres eran guerreros, pero que no se sometían a la disciplina de los ejércitos regulares (*n*), y Tucídides nos informa que cuando los tracios vinieron en auxilio de Atenas, al tercer año de la guerra del Peloponeso, una porción del contingente se componía de 150.000 combatientes que no eran más que «una masa confusa» (*ñ*).

Cuando Sifax, rey de Numidia, ofreció su amistad a los romanos contra Cartago, les observó sin embargo modestamente que desde tiempos inmemoriales su ejército carecía de infantería y que en el fondo no era más que una masa desordenada de caballería (*o*).

(*l*) Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. III, pág. 71, y Ercilla, *La Araucana*, Parte II, canto XXV. Según Molina y Ercilla, los araucanos estaban muy adelantados en el arte de la guerra. Véase también Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, t. I, cap. X, pág. 290.

(*m*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. I, cap. CIII. Jenofonte, *Cyropédie*, liv. IV, chap. III.

(*n*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. XI, chap. II, § 19.

(*ñ*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. II, chap. XCVIII.

(*o*) Tito Livio, *Décadas*, t. IV, lib. XXIV, pág. 150.

Por último, Herrera dice de los indios de Quito que « nunca ordenaron escuadrones para pelear sino en gruesas bandas socorrer a la parte flaca » (*p*).

Es un error de espejismo de los historiadores atribuir a las masas guerreras de los pueblos atrasados los caracteres orgánicos y la fuerza eficiente de los ejércitos contemporáneos. Como quiera que esas masas guerreras no eran más que poblaciones civiles movilizadas, sin instrucción militar, sin separación de armas, con poca o ninguna disciplina, no es empresa de gigantes ni de héroes el desbandar una muchedumbre de dos millones de hombres con unas pocas falanges organizadas.

Fustel de Coulanges observa que bajo de los merovingios, las poblaciones civiles eran de continuo arrancadas a sus trabajos y que se las enviaba a la guerra sin la menor instrucción militar, y agrega que por su falta de cohesión y disciplina y por su desconocimiento del manejo de las armas, los más grandes ejércitos o se desbandaban antes del combate o eran fácilmente exterminados (*q*).

Así mismo, observa Grote, que según se infiere del estudio de la *Iliada* y la *Odisea*, la masa de los griegos, que todavía no habían instituído el arma de la caballería, se avalanzaba en el sitio de Troya contra los defensores de la ciudad y vice-versa, los sitiados contra los sitiadores, sin seguir una marcha regular ni guardar una línea de batalla. Mientras los más osados se encontraban ya comprometidos en combates singulares, los más tímidos se mantenían a la distancia como simples espectadores. Esta manera desordenada de combatir, inmortalizada por la *Iliada*, es de todos conocida y contrasta notablemente con esas cargas simultáneas de la falange griega que aniquilaron a los persas en Platea y en Kunaxa. En la Grecia heroica, unos pocos guerreros de sobresaliente gallardía sobresalen entre la muchedumbre

(*p*) Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. III, Decada V, lib. X, cap. XII, pág. 202.

(*q*) Fustel de Coulanges *La Monarchie Franque*, pag. 296 à 298.

desorganizada e impotente; en la Grecia histórica, la masa entera de los combatientes aparece combinada en un sistema donde cada hombre, sea oficial, sea soldado, ocupa un lugar determinado, por manera que cuando se alcanza una victoria, todos comprenden que es fruto del esfuerzo común y combinado (*r*).

Aquella manera desordenada de pelear, inmortalizada por los poemas homéricos, no es peculiar de los griegos antiguos; es la manera común de todos los pueblos bárbaros. Con referencia a los indígenas de Valdivia, dice Martínez de Bernavé, que no establecían «campo formal de batalla» ni guardaban «orden militar en sus guerras» sino que procedían a la manera de bandoleros asaltando en gavillas las familias y las propiedades; y Herrera dice que cuando los Tlascaltecas salían a pelear, «los escuadrones no iban en ordenanzas, sino apeñuscados» (*rr*).

§ 74. Bases fundamentales de la organización de todo ejército son: 1ª la separación por armas, y 2ª la separación por cuerpos. La separación por armas, fundada en la diversidad de funciones que les corresponde desempeñar en la guerra, tiene por objeto facilitar el empleo de cada fuerza en las condiciones más propicias para hacerla rendir toda la utilidad posible. La separación por cuerpos, requerida por el carácter pasivo y sin iniciativa de las masas militares, se establece con el fin de multiplicar los jefes porque son ellos los que con su talento, su destreza, su actividad y su valor determinan el grado de eficiencia que a cada ejército corresponde. ¿Cómo se llegan a establecer estas separaciones?

Apenas se necesitará convenir expresamente en que muchas veces estas separaciones se han de haber establecido

---

(*r*) Grote, *Histoire de Grèce*, t. II, pag. 346.
Ihering, *Prehistoria de los Indoeuropeos*, § 43, pág. 423.

(*rr*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, § LXXVII.
Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. II, Década II, lib. VI, cap. XVII, pág. 164.
Cureau, *Les Sociétés primitives de l'Afrique équatoriale*. pag. 351.

por imitación. Al ofrecer su alianza a los romanos, el rey Sifax les manifestó su admiración por la organización de las legiones y les pidió le dejasen un centurión para que adiestrase a los numidas en el arma de la infantería y organizase sus fuerzas a la manera romana (*s*).

Si en los tiempos de Tácito, después de varios siglos de guerra con los romanos, los germanos separaban la caballería de la infantería (*t*), sin duda lo hacían a ejemplo de sus enemigos. Jenofonte dice que entre los persas, fué Ciro el Grande el primero que sintió la necesidad de la caballería cuando notó que sus enemigos, por el hecho de pelear a caballo, tenían ventaja inapreciable para rehuir o aceptar el combate a voluntad y según les convenía (*u*). Es también de suponer que entre los medos procediese Ciajares por imitación de ejércitos organizados cuando estableció « el orden y la separación en su milicia disponiendo, según Heródoto, que se formasen cuerpos de caballería, de lanceros y de sagitarios » (*v*).

Podríanse citar muchos otros casos análogos de imitación porque no son pocos los pueblos bárbaros de la Edad Moderna que han remedado en lo fundamental la organización militar de los conquistadores europeos. Caso comprobatorio que nos interesa particularmente es el de los araucanos. Como bien lo observa Molina, antes de la conquista española, no conocieron ellos la caballería, pero cuando notaron las ventajas que esta arma daba a los conquistadores, se empezaron a adiestrar para incorporarla en sus ejércitos. La emulación que les animaba era tan viva que ya en 1568, o sea 17 años solamente después de los primeros encuentros desfilaron ante los españoles los escuadrones

(*s*) Tito Livio, *Décadas*, t. IV, lib. XXIV, pág. 149.

(*t*) Tácito, *Germania*, chap. VI.

(*u*) Jenofonte, *Cyropédie*, liv. IV, chap. III.

(*v*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. I, cap. CIII.

araucanos, si bien fué solo en 1585 cuando se dió a esta arma orden estable (w).

Empero, sería inconducente citar otros casos de imitación porque a nuestro juicio, no hemos de encontrar en ellos, sino en el imperio del estatuto personal los orígenes de la constitución fraccional de los ejércitos. Innumerables tes-

(w) Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. III, página 70.

Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XVIII, pág. 110.

Según algunos cronistas, la organización militar de los araucanos estaba muy atrasada a la época de la conquista española, como que marchaban y entraban en batalla a la manera de las hordas, esto es, en pelotones. Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, págs. 5 y 116 del tomo II de la colección de *Historiadores de Chile*.

Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, t. I, pág. 293.

Por el contrario, Ercilla nos da idea de una organización militar ya muy desarrollada que fué para él un motivo de admiración. Dice en *La Araucana:*

«Los que están a la guerra dedicados
No son a otros servicios constreñidos,
Del trabajo y labranza reservados
Y de la gente baja mantenidos; —
Pero son por las leyes obligados
De estar a punto de armas proveídos
Y a saber diestramente gobernallas
En las lícitas guerras y batallas...
Cada soldado un arma solamente
Ha de aprender y en ella ejercitarse;
Y es aquella a que más naturalmente
En la niñez mostrare aficionarse.
Hacen su campo, y muéstranse en formados
Escuadrones distintos muy enteros
Cada hila de más de cien soldados
Entre una pica y otra los flecheros...
Si el escuadrón primero que acomete
Por fuerza viene a ser desbaratado,
Tan presto a socorrerle otro se mete
Que casi no da tiempo a ser notado.

Canto I, págs. 6 y 7.

Dejen de encarecer los escritores
A los que el arte militar hallaron...
Pues los últimos indios moradores

timonios históricos y etnográficos acreditan que en los grados inferiores del desenvolvimiento político, los grandes ejércitos se forman siempre por la alianza o concurrencia de varias tribus o pueblos y se componen de los contingentes que los aliados y los tributarios aportan a la común defensa. De los indígenas de Nicaragua, dice Herrera, que «cada cacique trahia señal propia para su gente en la guerra», y con referencia al Imperio Incásico, dice Uhle, que en la organización militar se reflejaba el fraccionamiento social porque los *ayllus* constituían en ella cuerpos recíprocamente independientes (*y*).

Del araucano Estado así alcanzaron
El orden de la guerra y disciplina
Que podemos tomar dellos dotrina.
¿Quién les mostró a formar los escuadrones,
Representar en orden la batalla,
Levantar caballeros y bastiones,
Hacer defensas, fosos y muralla,
Trincheas, nuevos reparos, invenciones
Y cuanto en uso militar se halla,
Que todo es un bastante y claro indicio
Del valor desta gente y ejercicio?

Canto XXV, pág. 410.

Latcham explica esta aparente contradicción, diciendo que entre la primera y la segunda expedición de Valdivia, o sea en el breve período de 1546 a 1550, los araucanos inventaron nuevas armas de combate, confederaron sus tribus, organizaron sus ejércitos y eligieron capitanes generales. Latcham, *La Capacidad guerrera de los araucanos*, págs. 17 a 30.

(y) Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, t. II, Década III, lib. IV, cap. VII, pág. 104.

Uhle, *El Ayllu Peruano*, pág. 84 del *Boletín de la Sociedad Geográfica* de Lima, correspondiente a 1911.

En alabanza de los Incas peruanos, dice Garcilaso de la Vega, que «nunca descomponían los capitanes naturales de las provincias de donde era la Gente que traían para la guerra; dejávanles con los oficios aunque fuesen maeses de campo y dábanles otros de la sangre real por superiores, y los capitanes holgaban mucho de servir como tenientes de los Incas». Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, t. I, lib. II, cap. XIII, pág. 49.

«Todos los capitanes, maeses de campo y oficiales principales del ejér-

En los ejércitos así compuestos cada contingente es comandado por un jefe propio, de ordinario consanguíneo, que se distingue por los colores, vestimentas, adornos, armas, etc., que son de uso y costumbre en su respectiva nación. Nos inclinamos a pensar que éste es el origen de los uniformes militares, adoptados principalmente para distinguir a la simple vista un cuerpo de otro.

En la *Iliada*, citada por Ihering, aparece Nestor disponiendo que Agamenon distribuya los hombres por tribus y familias a fin de que cada una ayude a las demás y todas se auxilien recíprocamente; y cuando los tracios vinieron en auxilio de Atenas, al tercer año de la guerra del Peloponeso, dice Tucídides, los odryses y los Getas formaban la caballería, y algunos montañeses independientes la infantería (*x*).

Análogamente entre los germanos, no era el azar, según Tácito, el que formaba las bandas o escuadrones, sino que cada grupo se componía exclusivamente de una familia entera, de toda una parentela (*z*); y según Heródoto, el inmenso ejército con que Jerjes invadió la Grecia, el más grande que, antes de 1914, vió la historia, vino organizado de parecida manera porque cada nación estaba representada en él por una brigada, la cual se distinguía por sus armas, trajes, colores y blasones particulares y era comandada por un jefe nacional (*a a*).

---

cito, dice Cobo, eran comúnmente del linaje y sangre real de los Incas, que no se fiaban de otros; y cuando se conducía gente de las provincias, los capitanes que la llevaban al Cuzco se quedaban con el cargo que antes, salvo que les ponía el Rey a cada uno un capitán y superior de su linaje de Incas; y así, el dejarles los cargos que tenían era hacerles tenientes de los que de nuevo ponían... Cuando marchaba el ejército en ordenanza de guerra, iban repartidos en diversos escuadrones por sus provincias y naciones, guardando cada uno el orden por su antigüedad ». Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. IV, lib. XIV, cap. IX, pág. 197.

(*x*) Thucydide, *Guerre du Péleponèse*, liv. II, chap. XCVIII. Ihering, *Prehistoria de los Indo-Europeos*, § XLIII, pág. 414.

(*z*) Tácito, *Germania*, VII.

(*a a*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. VII, cap. XL a LXI, y lib. IX, cap. XXXI a XXXIII.

En cuanto a las fuerzas griegas, carecían de unidad orgánica porque se formaron con la suma de varios ejércitos heterogéneos, cada uno de los cuales concurrió en representación de uno de los Estados aliados, y mantuvo su autonomía y sus propios jefes durante toda la guerra. Regía todavía el estatuto personal de manera tan soberana que su fuerza se hacía sentir aun dentro de cada contingente. Prescindiendo de los otros ejércitos griegos, concretémonos a estudiar por vía de comprobación la composición que tres siglos después tenía todavia el que había encabezado la resistencia contra los invasores (*a b*).

Como quiera que la población de Atenas había sido repartida en diez tribus por Clístenes, el ejército ateniense no era más que la suma de otros tantos contingentes suministrados por ellas. A la cabeza de cada contingente, iba un *taxiarca*, elegido por su propia tribu con facultad de nombrar capitanes; y en cuanto al comando general del ejército, estaba a cargo de diez *estrategas* que las tribus elegían separadamente para que lo ejercieran por turno (*a c*). De esta manera se mantenía el principio fundamental del estatuto personal, que cada uno no puede estar bajo la dependencia de jefes que no pertenezcan a su propia sangre. Luego veremos que el primitivo ejército romano se organizó sobre la misma base.

No de otra manera se formaban los ejércitos reales durante la Edad Media. Ningún Estado mantenía ejércitos permanentes, y cuando un monarca se veía comprometido en una guerra, estaba precisado a exigir de sus grandes vasallos que acudiesen en su auxilio con los contingentes que según el pacto feudal, les correspondían. En el fondo, el ejército real era un simple agregado de contingentes, y

(*a b*) Según Grote, hasta los tiempos de Licurgo, los hoplitas o caballeros de cada tribu o de cada barrio combatían unidos, esto es, formando cuerpo autónomo. Grote, *Histoire de la Grèce*, t. IV, pag. 19.

(*a c*) Aristóteles, *La République Athénienne*, § 21 et 60. Démosthène et Eschine, *Œuvres Complètes*, t. I, pag. 393.

no decimos que era la suma de ellos porque cada uno constituía un cuerpo autónomo que se distinguía por los escudos, blasones, pendones y colores del respectivo feudo (*a d*). No tenía la corona intervención alguna en la designación de los jefes ni en la formación de la oficialidad, porque la organizacion y el comando de los contingentes correspondían al señor feudal que los traía en auxilio del rey. En una ocasión en que Fernando el Católico había ordenado que una porción de las tropas del duque de Medina Coeli fuese en socorro del conde de Benavente, el duque rehusó obedecer la orden real, y contestó altivamente al enviado del monarca: « Decid a vuestro amo que he venido a la cabeza de mis tropas a servirle a él y que ellas no van a parte alguna sin su jefe » (*a e*).

Bajo de aquel régimen, los individuos de las clases inferiores nunca podían llegar a las jefaturas, y cuando un jefe era achacoso, valetudinario, inepto o cobarde, la incapacidad no tenía remedio como él mismo no atendiese a procurarse coadjutores o reemplazantes.

Cuando las ciudades compraron su autonomía desde el siglo XI adelante, quedaron por lo general gravadas con la obligación de auxiliar al rey en los casos de guerra. En fuerza de esta obligación, cada una organizaba los contingentes con que debía acudir en auxilio del rey y los ponía

(*a d*) Con referencia a las fuerzas militares de la monarquía franca, dice Fustel de Coulanges:

« Cette armée n'était pas distribuée en légions ou régiments comme les armées régulières. Elle était répartie en cités... Nous y avons un corps d'armée d'Arvernes, et d'autres corps d'armées de Bituriges, de Poitevins, d'Angevins, etc.... Les rois francs n'ont pas eu un organisme militaire que fût distinct de l'organisme civil. Ils n'ont même pas eu d'officiers spécieaux pour commander aux soldats... Le comte, ses vicaires, ses centeniers, qui la veille administraient et jugeaint ces hommes, devenaient leurs officiers et leurs généraux. Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, pag. 295.

(*a e*) Prescott, *Histoire du Règne de Ferdinand et d'Isabelle*, t. II pag. 105.

bajo el comando de jefes nombrados ora por las asambleas generales, ora por los ayuntamientos.

En España, correspondía generalmente al alférez o alguacil mayor de cada ayuntamiento el comando de las tropas urbanas, y así, en la guerra de los moriscos, apareció, dice Colmeiro, el alférez mayor Diego Vázquez de Acuña por cabo de la tropa concejil con el pendón de Baeza. Duró esta práctica hasta el año de 1569. En este año Felipe II ordenó a Sevilla que levantase milicias, y sin tener cuenta de la autoridad de su alguacil mayor, las puso bajo la mano de un coronel nombrado por la corona (*a f*). Así es como en el orden militar, lo mismo que en el orden civil, no se adelanta el establecimiento del estatuto real sino allanando los fueros y libertades de los pueblos.

§ 75. La división de las fuerzas militares por nacionalidades, y sobre todo, la subdivisión por tribus, se establecen siempre en los grados inferiores del desarrollo político no solo porque carecen de carácter realmente sistemático sino también porque son efectos espontáneos del estatuto personal, que propende de suyo a mantener tanto en los arreglos sociales como en los administrativos la autonomía de las agrupaciones consanguíneas.

Mas, en grados del desenvolvimiento social que no podríamos precisar con exactitud, pero que más o menos corresponden al estado de semi-civilización, aparece adoptada por muchos pueblos, con singular uniformidad, una tercera división de las fuerzas militares, la que sin romper todavía los vínculos de la sangre, tiene cierto carácter sistemático porque se funda en la base decimal.

Como si fuese una singularidad del Imperio Incásico, cuenta Garcilaso que antes de la conquista española, la población entera estaba dividida tanto para lo militar cuanto para lo civil en decurias de a diez, de a cincuenta, de a ciento, de a quinientos y de a mil hombres mandados por

(*a f*) Colmeiro, *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla* t. II, pág. 26[illegible]

jefes escalonados jerárquicamente. Pero en la misma América hubo otros pueblos que se vieron sometidos a régimen muy parecido como bien lo dice Batres Jáuregui respecto de los que habitaron la antigua Guatemala (*a g*), y no de otra manera estuvieron siempre organizadas las naciones semi-civilizadas del antiguo continente.

Según el *Éxodo,* Moisés escogió entre todo el pueblo de Israel algunos hombres valerosos y los puso por príncipes, tribunos, centuriones y caporales de fracciones compuestas de 10 y de 50 individuos (*a h*).

Es presumible que en Esparta fuesen también agrupaciones decimales y jerarquizadas las *enomotias* y otras mandadas respectivamente por los enomotarcas, lochagas y polemarcas (*a i*).

De un texto de Tácito, se infiere que en un tiempo estuvieron sujetos los germanos a una organización parecida, fundada en la base de las divisiones y subdivisiones decimales (*a j*). Así mismo, una antigua ley capitular acredita que un rey Clotario estableció en la monarquía franca el régimen de las centurias, y una ley de Canuto dispuso en la Heptarquía Sajona que todo hombre libre se incorporase en una decuria y en una centuria (*a l*).

(*a g*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas,* lib. II, cap. XI.

Batres Jáuregui, *Los Indios,* pág. 75.

Torquemada, *La Monarquía Indiana,* t. I, lib. III, cap. XXIV, pág. 295.

Según Molina, las fuerzas de los araucanos estaban también divididas en fracciones decimales; pero como este historiador solo atestigua lo que vió en la 2ª mitad del siglo XVIII, no podemos saber si esta organización era espontánea o establecida a imitación de la de las fuerzas españolas. Molina. *Historia Civil del Reino de Chile.* lib. II, cap. III, pág. 71.

(*a h*) *Éxodo,* cap. XVIII, § 25.

(*a i*) Fustel de Coulanges, *Nouvelles Recherches,* pag. 77 et 85.

(*a j*) Tácito, *Germania,* cap. VI.

(*a l*) Blackstone, *Commentaires sur les Lois Anglaises,* t. VI, pag. 442.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre,* t. I, pag. 52.

Por último, en grandes extensiones de Rusia, en ciertas comarcas del Japón, y en la mayor parte de la China, las poblaciones han vivido hasta nuestros días repartidas también en decenas y centenas (*a m*).

En una palabra, dice Gneist, todas las organizaciones primitivas tienen invariablemente carácter militar, se fundan en el número 10 por la sola razón de ser diez los dedos de las manos y se las encuentra establecidas en los grados inferiores de todas las razas (*a n*).

¿De dónde viene la idea de fraccionar las fuerzas militares en cuerpos de diez, de ciento y de mil individuos?

Desde los comienzos del presente trabajo, hemos venido demostrando la decisiva influencia que a los principios del desarrollo político ejerce la guerra en el crecimiento de las poblaciones, en la fundación de las ciudades, en el nacimiento de las instituciones. Sin hipérbole se puede afirmar que el Estado, organizado en las sociedades más cultas para servir los intereses de la paz, del orden y del progreso, nace y se desarrolla en las más atrasadas exclusivamente por y para la guerra.

Como quiera que los intereses de la paz se van desarrollando paralelamente con la civilización hasta adquirir en las sociedades más cultas carácter preponderante, no es de extrañar que por el contrario, la preocupación de la guerra sea en las más atrasadas tan absorbente que imponga la militarización no solo de las instituciones sino también de las costumbres, y tanto la de la sociedad cuanto la del Estado.

Platón observó que las leyes de Creta se habían dictado en atención, no a la paz, sino a la guerra. Por ejemplo, decía, lo que indujo al legislador de aquel Estado a establecer la mesa común fué el haber notado que en todos los

(*a m*) Spencer. *Principes de Sociologie*, t. III, § 512.

(*a n*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 34. En algunos pueblos se ha preferido el fraccionamiento duodecimal. Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 20, pag. 248.

pueblos, cuando las tropas están en campaña, la necesidad de vivir prevenidas las precisa a tomar la comida en común durante todo el tiempo de la guerra. Y con esto, quiso sin duda condenar un error muy común, cual es, el de no ver que entre los Estados se halla trabada una guerra perpetua de cada uno contra todos. Dado este antecedente, si en tiempo de guerra es indispensable a la seguridad pública que todos los ciudadanos tomen su alimento en común y que siempre haya algunos que mientras tanto hagan la guardia, ello no es menos indispensable durante la paz; que lo que de ordinario se llama *paz,* no lo es más que en el nombre, y de hecho, sin que medie declaración de guerra, cada Estado está por su constitución armado contra todos los que le rodean (*a ñ*).

Para determinar con acierto la diversificación posterior de las funciones militares, conviene advertir que la organización decimal de que venimos hablando no se aplica primitivamente a un cuerpo especial de ciudadanos encargados de la fuerza pública. Se aplica a la sociedad entera. Como quiera que en los grados inferiores del desenvolvimiento político, se confunde el ejército con el pueblo, no queda substraído de este régimen ningún ciudadano, y cuando solo se va tras de organizar las fuerzas militares, lo que en realidad se hace es organizar la sociedad entera (*a o*).

Para los pueblos más atrasados, siempre rebeldes contra toda autoridad, la organización militar tiene el inapreciable beneficio de someterles y habituarles a una disciplina más o menos rigurosa. Sin duda, dice Ihering, el espíritu que esta disciplina engendra es una forma inferior del espíritu

(*a ñ*) Platon, *Les Lois*, t. I, liv. I, pag. 5 et 6.

(*a o*) Cobo habla primeramente de la organización decimal de la sociedad civil en el Imperio Incásico, y al tratar más tarde de la organización militar, dice: « Guardábase en la guerra el mismo gobierno que en la paz, dividiendo los soldados por sus decurias y centurias. Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, lib. XII, cap. XXV, pág. 233, y t. IV, lib. XIV, cap. IX, página 197.

moral; y se funda más bien en un hábito mecánico que en la educación interna y moral. Pero con todos sus defectos, la disciplina militar, única que los pueblos bárbaros respetan libremente, es de un valor inapreciable porque les hace sentir la necesidad del orden exterior y cobrar aversión contra el desorden (*a p*). Los pueblos atrasados que no se someten a la disciplina militar viven a perpetuidad en estado acrático, faltos de hábitos para someterse a un régimen político.

Por su simetría, tan adecuada al régimen militar; por su expedito fraccionamiento, tan conveniente a las necesidades del servicio; y por las facilidades que ofrece para los cómputos numéricos e instantáneos de las fuerzas; la organización decimal está dotada de una vitalidad extraordinaria. Cuando las funciones militares se diversifican, los ejércitos nacen sometidos a ella, y en los pueblos más civilizados sigue tan sólidamente establecida que parece destinada a perpetuarse a título de régimen irreemplazable.

§ 76. Los hechos fundamentales que sobre la primitiva organización militar hemos apuntado en los dos precedentes parágrafos, a saber, la división por tribus, la separación por nacionalidades y el fraccionamiento decimal, aparecen literalmente reproducidos en la historia tradicional de los primeros tiempos del pueblo romano.

Compuesta como fué la primitiva población romana por la unión de tres tribus, todas sus instituciones hubieron de organizarse para mantener la igualdad, como ya lo hemos observado (§ 21 y 57), sobre la base de números divisibles en tercios enteros. Con arreglo a este pie forzado,

(*a p*) « Cette influence (celle de la guerre), dit Ihering, se montre déjà dans la Constitution la plus antique que Rome apporta avec elle. Cette Constitution est une armure qui doit son origine à la guerre, qui est faite pour la guerre, et que Rome, qui veut être toujours armée, ne dépose jamais, même pendant la paix... La Rome antique est un campement permanent; l'ordre et la discipline sévère des camps y régnent; la Constitution politique devint une constitution militaire ». Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 20, pag. 247 et 263 à 265.

Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. V, LIIIe leçon, pag. 127.

cada legión se compuso de 300 caballeros, 100 por tribu, y de 3000 infantes, 1000 por tribu. La palabra *miles*, militar, significa etimológicamente un soldado que forma parte de un contingente de *mil* legionarios. A la cabeza de cada contingente, iba un jefe representante de la tribu respectiva, un *tribunum militum* (*a q*).

Pero este mismo contingente, que constituía un simple tercio de legión, no era el último término del fraccionamiento, porque a pesar de la confusión de las tradiciones, claramente se infiere de ellas que los mil legionarios de cada contingente estuvieron repartidos en diez centurias, mandadas por sendos *centuriones*, y los cientos de cada centuria en diez decurias, mandada por sendos *decuriones* (*a r*).

(*a q*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*. t. VI, I[re] partie, page 114 et 117.

Ihering, *Prehistoria de los Indo-europeos*. § XLIII.

(*a r*) Marquardt, *L'Organisation militaire chez les Romains*, page 5 à 9.

Mommsen, *Le Droit Public Romain*. t. VI, I[re] partie, pag. 114 à 121.

Sobre las primitivas organizaciones militares del pueblo romano, tenemos las noticias que Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso nos dejaron:

Rómulo, dice Dionisio de Halicarnaso, dividió todo el pueblo en tres cuerpos, y puso a la cabeza de cada uno un jefe distinguido. Después dividió cada cuerpo en diez y les puso bajo el mando de los más bravos capitanes. A los grandes cuerpos los llamó *tribus*, y a los 30 menores *curias*. *Tribu* es lo que en griego llamamos *Phylê* o *Trittys*, esto es, un tercio del pueblo, y la voz *curia* se puede traducir al griego por *Phratra* y *Lochos*, esto es, una compañía de soldados. Los jefes de las tribus se llamaron *tribunos* y los de las curias *curiones*. Denys de Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. II, liv. II, pag. 16.

En esta breve noticia, no aparecen las decurias, y solo vagamente se diseñan las centurias. Veamos ahora lo que dice Tito Livio sobre la segunda organización que Roma dió a sus fuerzas militares. Según Tito, el rey Servio Tulio dividió el pueblo entero en seis clases y cada clase en un número fijo de centurias. «Formaban la primera clase, dice, aquellos que poseían una renta de 100.000 ases o más, y se dividía en 80 centurias: 40 de hombres maduros que se encargaban de la custodia de la ciudad, y 40 de jóvenes que hacían la guerra en el exterior... A la segunda clase pertenecían aquellos cuya renta fluctuaba entre 100.000 y

Cuando por causa de la cuasi permanencia del estado de guerra se encontraba muy diezmada la población nacional, recurría Roma en demanda de auxilio a los pueblos aliados y a los tributarios, y los contingentes con que unos y otros acudían constituían en el ejército romano cuerpos autónomos con nombres, colores, vestimenta y armas especiales. Solo después de la segunda guerra púnica, cuando el codiciado privilegio de la ciudadanía se brindó a todos los latinos, fueron éstos admitidos a enrolarse confundidos en la masa de los legionarios romanos (*a rr*).

Durante la monarquía y en los dos primeros siglos de la República, cada ciudadano estaba obligado no solo a servir personalmente en el ejército, entre los 17 y 45 años de edad, sino también a cargar con los triples gastos del armamento, del equipo y de la alimentación; pero según veremos más adelante, muy pronto adoptó la República la práctica de indemnizar en parte estos gastos, para concluir con la franca remuneración del servicio militar.

75.000 ases y se componía de 20 centurias. Para formar parte de la tercera se exigía de 50.000 a 75.000 ases de renta y el número de sus centurias era igual al de la segunda. La renta de la cuarta clase era de 25.000 a 50.000 ases, y el número de sus centurias igual al de la precedente. La quinta clase, compuesta de aquellos individuos cuya renta era de 11.000 a 25.000 ases, constaba de 30 centurias. Y por último, el resto del pueblo compuesto de gente cuya renta no alcanzaba a 11.000 ases, quedó reunido en una sola centuria y exento del servicio militar. Después de organizar así la infantería, formó doce centurias de caballería entre los principales de la ciudad, repartiendo en seis las tres que había organizado Rómulo ». Cada clase estaba equipada y armada de una manera especial. Tito Livio, *Décadas*, t. I, lib. I, págs. 70 y 71.

En esta noticia es digno de notarse que la voz *centuria* no se usa en el sentido de agrupación de 100 individuos sino en la de compañía. Pero el significado etimológico de la palabra deja colegir sin lugar a duda que a los principios se repartió el pueblo romano en agrupaciones centenales.

Por una razón análoga debemos suponer que la centuria se subdividió en decurias, puesto que las voces *decuria* y *decurión* se siguieron usando en los tiempos históricos, siquiera fuese con significados algo alterados.

(*a rr*) Marquardt, ob. cit., pag. 91 a 93.
Mommsen, ob. et loc. cit., pag. 271.

§ 77. En los parágrafos precedentes, hemos estudiado la organización que para desempeñar funciones militares se da la sociedad entera en los grados inferiores del desenvolvimiento político.

Pero estos estudios no bastan porque para comprender las causas de la diversificación de las funciones militares, o sea las de la institución originaria de los ejércitos permanentes, es indispensable determinar en cuáles condiciones prestan el servicio de las armas los hombres de los pueblos atrasados.

Algunos cronistas del Coloniaje anotaron como una singularidad de los araucanos el que para hacer la guerra no se previniese el sueldo y pre de los guerreros porque a una voz que daba el cacique acudían todos los de su parcialidad armados y equipados a su propia costa (*a s*). Pero en realidad, la gratuidad del servicio militar se encuentra establecida en todos los pueblos de la tierra antes de la institución de los ejércitos permanentes.

En una antigua relación, transcripta por Medina, se observa que cuando algún cacique de las provincias del Darien quería hacer la guerra, «todos habían de ir a hacerlo, sin que por ello les diese cosa alguna»; y con referencia a la provincia de Pozo, en Nueva Granada, dice Cieza de León que había allí grandes tesoros perdidos en los templos y en las sepulturas porque los indígenas no los buscaban para otra cosa, «pues no pagan sueldo con ello a la gente de guerra» (*a t*).

(*a s*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, § LXXVIII.

«Cada soldado, dice Molina, debe conducir consigo de su casa, no solo las armas, pero aun los víveres, como acostumbraban hacer los antiguos romanos. Así como todos son obligados al servicio militar, así no hay allí ninguno que deba contribuir a la subsistencia del exército». Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. III, pág. 73.

Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXII, pág. 135.

(*a t*) Medina, *El Descubrimiento del Océano Pacífico*, t. II, página 194.

Cieza de León, *La Crónica del Perú*, cap. XXI, pág. 373.

Entre los germanos, fué gratuito el servicio de las armas, según Tácito (*a u*), y el mismo régimen imperó durante siglos en los pueblos bárbaros que se instalaron en el Imperio Romano. En la monarquía merovingia, dice Fustel de Coulanges, el servicio militar no era retribuído, y el guerrero no solo servía sin sueldo sino que probablemente ni aun era alimentado por el Estado, teniendo que soportar sobre las fatigas y los peligros, los gastos de la guerra (*a w*).

El mismo régimen subsistió bajo de los carlovingios; continuó el carácter gratuito del servicio militar; los ciudadanos convertidos en guerreros no percibían sueldo ni aun en campaña, y como tampoco eran alimentados por el Estado, tenían que llevar consigo víveres que les bastasen durante un tiempo prudencial (*a v*), o por lo menos, mientras empezaban las depredaciones.

La organización militar de los anglo-sajones, dice Gneist, se fundaba en la triple obligación que gravaba a todos los hombres libres: 1° de enrolarse personalmente en el ejército; 2° de armarse a su propia costa; y 3° de proveer por sí mismos a su propia subsistencia durante la campaña (*a x*).

Así mismo, en España fué lo ordinario durante los siglos medios, según Colmeiro, que los súbditos y vasallos abandonasen sus hogares para acudir al llamado del rey cuando estallaba la guerra y que en cada caso le sirviesen hasta tres meses sin retribución alguna (*a y*).

Respecto de la Antigüedad, atestigua Demóstenes, que en su tiempo los ciudadanos propiamente tales de Atenas,

(*a u*) Tácito, *Germania*, XIV.

(*a w*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. XII, pag. 299.

(*a v*) Fustel de Coulanges, *Les Transformations de la Royauté pendant l'époque carolingienne*, pag. 513.

(*a x*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 35.

(*a y*) Colmeiro, *Constitucion y Gobierno de los Reinos de Leon y Castilla*, t. II, pág. 264.

a diferencia de los mercenarios, servían gratuitamente al Estado (*a z*); y Marquardt acredita que en Roma, donde cada tribu suministraba un contingente para formar la legión y un *tributo* para atender a los gastos de equipo, los ciudadanos se alimentaban en la guerra a su propia costa, no dándoles sus servicios militares derecho a sueldo (*b a*).

De estos hechos, que fácilmente se podrían multiplicar, inferimos sin peligro de error que el servicio de las armas, por regla general, no impone gravámenes al Estado en los pueblos atrasados. Pero si el Estado mismo no remunera los servicios que se le prestan, sus defensores saben muy bien procurarse compensaciones. El que los guerreros tengan que armarse, equiparse y alimentarse a su propia costa no significa que estén necesariamente precisados a sufragar los gastos con su propio peculio. Por lo menos desde que el ejército sale del territorio nacional en persecución de los enemigos, se entiende que ellos tienen derecho a vivir a costa del país invadido y que a cada victoria pueden no solo resarcirse de sus gastos sino también enriquecerse a costa de la población vencida. Tal es el origen del primitivo derecho bélico, que autoriza las exacciones, el pillaje

(*a z*) Démosthène y Eschine, *Œuvres*, t. I, pag. 446, et t. II, pag. 75 et 364.

(*b a*) Marquardt, *L'Organisation Financière chez les Romains*. Deuxième partie, III, pag. 115 a 122.

Sobre la obligación de cargar con los gastos hay mucha confusión. Mommsen y Marquardt son de sentir que antes de la institución del sueldo, año 348 de Roma, cada tribu pagaba y alimentaba sus soldados con un tributo instituído al efecto, y creen que los *tribuni aerarii* desempeñaban el papel de comisarios pagadores. Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. VI, Ire partie, pag. 122. Marquardt, *L'Organisation Financière chez les Romains*, pag. 220 à 224. A la verdad, está en lo posible el que el Estado romano, que en época tan remota organizó sus fuerzas militares, eximiese en hora muy temprana a los ciudadanos de cargar con los gastos militares, transfiriendo la obligación a las tribus. Nosotros decimos en el texto que los gastos siguieron hasta el año 348 de Roma a cargo del peculio particular de los ciudadanos porque así lo afirma terminantemente Tito Livio. *Décadas*. t. II, lib. IV, pág. 95.

y el botín, como lo certifica Tácito respecto de los germanos (*b b*).

Los araucanos, según hemos visto, servían gratuitamente en la guerra, y aun agrega un cronista que su civismo era tanto, que se daban por bien recompensados con lograr la coyuntura de defender a su patria; pero era entendido que por medio del pillaje y el botín podían procurarse la correspondiente soldada (*b c*).

Entre los cafres, el botín pertenece al jefe de la expedición; pero si éste quiere conservar sus compañeros, tiene que compartirlo con ellos (*b ch*).

De los kimbundas (de África), dice Hartmann, que sirven en la guerra sin recibir sueldo ni equipo, pero que se reservan la mitad del botín y se libran de continuo al pillaje (*b d*).

En la España medioeval se repartía el botín de la victoria entre los vencedores, después de apartar un quinto para las armas reales (*b e*); y entre los francos y presumiblemente en todas las monarquías bárbaras de origen germánico, el botín se distribuía por lotes entre los jefes y los soldados vencedores (*b f*).

(*b b*) Tácito, *Germania*, cap. XIV.

(*b c*) Martínez de Bernave, *La Verdad en Campaña*, § LXXVIII. Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. IV, pag. 78.
Respecto de las fuerzas españolas que peleaban en Chile contra los indígenas, y que nosotros creemos eran remuneradas por la corona, dice sin embargo Rosales que don Alonso de Rivera (1601 - 1605) puso en las compañías de caballería « tenientes con 25 ducados de sueldo cada un mes, siendo don Pedro Maldonado el primero que tuvo tenencia con sueldo en este exército ». Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXII, página 135 y t. II, lib. V, cap. XXII, pág. 367. Presumiblemente hasta aquella fecha los colonos de este país se habían defendido a sí mismos sin remuneración alguna, movidos por el interés de salvar sus vidas y sus bienes.

(*b ch*) Letourneau, *De la Propriété*, pag. 113

(*b d*) Hartmann, *Les Peuples d'Afrique*, pag. 226.

(*b e*) *Partida Segunda*, tít. XXVI, leyes I, 4 y 9.

(*b f*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. III, pag. 65.

En Grecia, después de la victoria de Platea, se reservó un diezmo del botín para los dioses, esto es, para el sacerdocio, y lo restante de la presa, dice Heródoto, inclusive las concubinas de los persas, el oro, la plata, las alhajas, los muebles y bagajes, se repartió entre los combatientes según el mérito y dignidad de cada uno (*b g*). En los tiempos de Demóstenes, la regla general era en Atenas que cuando la guerra se hacía con mercenarios, el botín correspondiese al Estado; que cuando con ciudadanos, a los que tomaban parte en ella y que en todo caso, el ejército tuviese derecho de vivir a costa del enemigo (*b h*).

Entre los israelitas el botín de la victoria pertenecía sin duda a los combatientes, salvo una parte que se reservaba para los levitas. Es verdad que Achan fué lapidado por haberse apropiado algunas cosas en la captura de Jerichó; pero es que en aquel caso, con el ostensible propósito de inspirarles horror irreconciliable contra el enemigo, se había ordenado destruir en absoluto cuanto le perteneciera. En los casos ordinarios, el botín se repartía entre el sacerdocio y el ejército, que era el pueblo entero (*b i*).

Por último, entre los romanos, donde el botín de la victoria pertenecía de derecho al Estado, de hecho se acostumbró desde los primeros siglos ceder una parte considerable a la tropa y a los oficiales. Derivada esta práctica de la gratuidad del servicio militar y fundada en un principio de equidad que imponía al Estado el deber de recompensar los sacrificios de sus defensores, quedó plenamente justificada y afianzada a los fines de la República, cuando a causa de la larga duración y lejanía de las guerras, tenían los

(*b g*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, t. II, lib. IX, cap. LXXXI.

(*b h*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. I, pag. 394 et 446, et t. II, pag. 75 et 364.

(*b i*) *El Libro de Josué*, cap. VII, cap. VIII, § 27, y cap. XI, § 14.
Los Números, cap. XXXI, § 11 a 47.
El Deuteronomio, cap. III, § 7, cap. XX, § 14.

legionarios que abandonar sus intereses por tiempo indefinido (*bj*).

§ 78. Pasemos ahora a determinar las causas sociales que determinan la diversificación de las funciones militares.

Como quiera que en los primeros grados del desenvolvimiento político, la sociedad entera está organizada, a la manera de un ejército, casi exclusivamente para la guerra, bien se comprende que en el fondo lo que hay que estudiar no son las causas que diversifican las funciones militares; son las causas que apartan del servicio de las armas una porción cualquiera de los elementos sociales. En otros términos, concrétase el problema a determinar cómo de la sociedad militar llega a desprenderse, a desarrollarse y a distinguirse la sociedad civil.

En realidad, la necesidad de substraer al servicio de las armas una porción más o menos grande de elementos sociales se hace sentir desde el día en que por efecto de la adopción de la vida sedentaria, la tribu tiene que trabajar

(*bj*) Tito Livio, *Decadas*, t. I, lib. III, pág 249, y t. II, lib. VI, pag. 191.

Marquardt, *L'Organisation Financiere chez les Romains*, pag. 122 et 357.

Ihering, *Prehistoria de los Indo-europeos*, § 45, pág. 430

Según refiere Polibio, al día siguiente de la toma de Cartagena, «cuando se hubieron juntado en el foro los bagajes de los soldados que servían a los cartagineses y todos los bienes de los ciudadanos y de los obreros, los tribunos distribuyeron el botín según la costumbre, cada uno a sus legiones. A cada toma de ciudad, los romanos obraban de la misma manera. Según la importancia de la plaza, destacaban una porción más o menos numerosa de soldados, nunca más de la mitad para que salieran a recoger botín. El resto de las tropas quedaba a la vista con el arma al brazo por lo que podía ocurrir. Los soldados enviados al pillaje estaban obligados a entregar el botín a sus legiones, y en seguida los tribunos hacían la distribución entre todos, inclusive los centinelas, los enfermos y los que andaban en comisiones lejanas. Antes de salir a campaña, todos se comprometían por juramento a no tomar para sí parte alguna de botín antes de la distribución». Polibio, *Histoire Générale*, t. II, lib. 10, cap. XVI. Véase la opinión diferente sino contraria de Ihering, *Prehistoria de los Indo-europeos*, § 44.

para subsistir en un territorio cuya producción espontánea no basta a su subsistencia.

Si en las tribus de cazadores están los hombres permanentemente dispuestos a la guerra, en las sociedades sedentarias el trabajo agrícola es un obstáculo a la permanencia del estado bélico. Nada pone más de manifiesto el espíritu esencialmente militar de los espartanos que aquella política que sacrificaba los intereses de la industria y la agricultura no solo a la guerra, sino a la simple obligación de practicar los diarios ejercicios de las armas. En la historia humana, no se conoce ejemplo de otro pueblo sedentario que con ánimo tan ligero haya vivido tan dispuesto a prescindir de las atenciones requeridas por las necesidades industriales (*b I*).

Que los pueblos sientan esta necesidad en grados tan inferiores del desenvolvimiento social lo prueba el espontáneo apresuramiento con que para satisfacerla establecen la esclavitud, renunciando a la práctica primitiva de quitar la vida a los prisioneros. Dado el profundo desdén con que los salvajes miran el trabajo, a su juicio indigno de hombres libres, la institución de una clase que labre el campo mientras ellos se dedican a la guerra es una institución indispensable para el progreso social y en sus orígenes, profundamente humana. Con la institución de la esclavitud, empieza la diversificación de los elementos civiles (*b II*).

Si el desarrollo del trabajo impone la consagración a sus tareas de una porción de los elementos sociales, el desarrollo de la población permite que sin peligro para la común defensa, otra porción de ellos renuncie para siempre al servicio de las armas.

En efecto, por más belicoso que un Estado sea, bien se comprende que el solo aumento de la población va tornando más y más innecesario, inconveniente y acaso perjudi-

(*b I*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 517.

(*b II*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, pag. 508, et t. V, pag. 133.

cial la movilización en masa de los ciudadanos. A cada nuevo enrolamiento, sin que ley alguna lo disponga, el número de los que quedan en la reserva va aumentando con relación al de los que salen a campaña; y en cada caso, como ocurre siempre que son muchos los llamados y pocos los necesarios, cada uno trata de descargarse de su propia obligación con la obligación de los demás. Por obra de estas circunstancias, una porción creciente de ciudadanos, sobre todo de aquellos que viven entregados al ocio y a los placeres, se desacostumbra rápidamente del servicio militar, y sin que la ley establezca excepciones ni exclusiones, llega por fin una época en que los unos se sienten muy bien con el monopolio de las armas, mientras que el resto de la poblacion se siente mucho mejor con el hecho de vivir substraída a los peligros de la guerra. Al revés entonces de lo que *a priori* se pudiera creer, que el aumento de la población hace innecesarios los ejércitos permanentes allí donde todos son soldados, lo que ocurre es precisamente lo contrario, porque cuando todos están obligados a servir no necesitándose más que el servicio de unos pocos, espontáneamente la pereza, el egoismo, el temor de los peligros, la aficion a los placeres, las atenciones del trabajo confían la defensa común a los que se han anticipado a tomar las armas, los cuales quedan constituyendo una fuerza que en los casos de guerras muy duraderas o de situaciones políticas que requieren su apoyo, propende a convertirse en institución permanente del Estado.

Un antiguo cronista citado por Blaramberg, refiere que como resolviesen los godos en una ocasión formar una expedición contra los pueblos vecinos, fueron tantos los que se presentaron a enrolarse en ella que para evitar que la tierra no fuese a quedar desierta, hubo de limitar el rey el número de los expedicionarios disponiendo que el resto del pueblo quedara bajo el gobierno de su hijo primogénito a cargo del cultivo de los campos (*h m*).

(*h m*) Blaramberg, *Les Institutions et les Lois de la Roumanie*, pág. [illegible]

Este hecho no es absolutamente excepcional, porque en todas partes y en todos los tiempos, cuando las poblaciones exceden por su crecimiento a las necesidades permanentes de la guerra, se forma espontáneamente un residuo de elementos que jamás se movilizan, que en cada caso deja a los más belicosos tomar la delantera, que a la larga se apega a la paz y que aumenta de día en día.

Marquardt observa que aun cuando el servicio militar nunca dejó de ser obligatorio en Roma para todos los ciudadanos (*b n*), ello es que desde la tercera guerra púnica, o sea desde que por una parte, se hubo alejado de las fronteras el peligro, y por otra, se hubo formado una clase ociosa y poltrona, enriquecida con los despojos de los vencidos, de hecho empezaron los más a substraerse a los enrolamientos de las nuevas expediciones, porque perdida la afición a las armas, preferían permanecer en sus hogares, delegando las tareas de la común defensa en los que de propia voluntad acudían a las filas.

El mismo fenómeno se había efectuado dos o tres siglos antes en el Estado ateniense. Merced a sus victorias anteriores, Atenas ejercía en la mayor parte de Grecia una hegemonía que la permitía vivir casi desarmada, sin recelos ni inquietudes; y al amparo de la paz, habían germinado y desarrolládose artes, industrias, instituciones, escuelas, ciencias e intereses que absorbían en gran parte la actividad y la inteligencia del pueblo y le hacían perder el espíritu militar. Ufanos de su cultura, engreíanse los atenienses de ser entre los griegos los que primero habían renunciado a la costumbre primitiva de ir siempre armados; y no era raro que se aplicaran los fondos de la guerra a costear espectáculos populares (*b ñ*). En semejante estado social, los habituados a las tareas y ocios de la paz no

(*b n*) Marquardt, *L'Organisation Militaire chez les Romains*, page 278.

(*b ñ*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. VI. Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. I, pag. 467.

solo se resisten a servir en el ejército sino que difunden en el resto del pueblo la aversión a la guerra; y el espíritu bélico que anima a todos los hombres en los pueblos más atrasados se concentra en el pequeño número de aquellos que no tienen más medio de subsistencia que las armas. Fué lo que acaeció en Atenas, porque a pesar de la amenazante avalancha de la dominación macedónica, que se aproximaba cautelosa pero incontrastable; el pueblo resistía el servicio militar. En vano se lamentaba Demóstenes de que los dispensados del enrolamiento desanimasen a los que intentaban enrolarse porque cuando proponía que se restableciera la vigencia de la antigua ley que imponía la obligación universal del servicio militar, tropezaba con la resistencia pasiva del egoísmo, la poltronería y la falta de espíritu cívico (*b o*).

Pero el espíritu bélico decae no solo a causa del desarrollo de las artes de la paz sino también a causa de la creciente complicación de las artes militares, complicación que ordinariamente ocasiona un aumento de gastos. Por sí misma la complicación de las artes militares en los pueblos civilizados aleja del ejército a los ricos porque convirtiendo la milicia en una profesión técnica y absorbente, les pone en la situación de tener que sacrificar sus intereses particulares para prestar el servicio de las armas; pero en los pueblos atrasados, donde cada ciudadano se arma a su propia costa, el consiguiente aumento de los gastos militares más bien retrae del enrolamiento a la mayor parte de la población, a la parte pobre que careciendo de fortuna, no puede hacerlos a su propia costa (*b p*).

Heeren acredita como en Cartago a causa de los altos gastos del equipo, el servicio militar fué monopolizado por

(*b o*) Demosthene et Eschine. *Œuvres*, t. I, pag. 467 et 484.

(*b p*) Spencer. *Principes de Sociologie*, t. III, § 517.

Aristoteles dice: «L'entretien des chevaux est une depense que les riches seuls peuvent en general supporter. Ainsi, dans les enciens temps, tous les États dont la force militaire consistait en cavalerie étaient del Etats oligarchiques». Aristoteles. *La Politique*, liv. VI, chap. III, § 1 et 2.

la clase patricia (*b q*), y Gneist observa igualmente que a virtud de una causa análoga, acaso por la adopción de la cota de malla y del caballo como elementos indispensables del equipo militar, las clases inferiores del pueblo inglés quedaron durante los siglos medios fuera del ejército, reducidas a hacer servicio de rondas, y a trabajar en las fortificaciones y en los caminos. Es muy presumible que el movimiento de emancipación de las ciudades en el siglo XI se dirigiese en parte principal a rescatar las poblaciones urbanas de la pesada carga del servicio militar (*b r*).

Por de contado, no son estos los únicos casos en que por la misma causa ha quedado excluída la masa popular del servicio de las armas. Concretándonos al caso de mayor resonancia histórica, es sabido que en la organización militar de Servio Tulio, los pobres con menos de 11.000 ases de renta quedaron privados del derecho de enrolarse entre los legionarios (§ 76, nota *a q*).

Todas estas exclusiones, ora de hecho, ora de derecho, van formando en las sociedades semi-civilizadas una masa creciente de elementos que no se podrían llamar *pacifistas* porque en principio no son contrarios a la guerra, pero que con la mayor propiedad se pueden llamar *civiles*, porque les repugna el enrolamiento personal y prefieren dejar a cargo exclusivo de los aficionados la obra de la común defensa.

§ 79. Con la institución de los ejércitos permanentes, alcanza el grado superior de desarrollo y adquiere forma orgánica y definitiva la diversificación de las funciones militares.

(*b q*) Heeren. *De la Politique et du Commerce des Peuples de l'Antiquité*, t. IV, pag. 284.

(*b r*) Audoin hace ver cómo en Francia, bajo el reinado de Felipe Augusto, a fines del siglo XII y principios del XIII, muchas ciudades preferían pagar en cada caso gruesos rescates a contribuir con los correspondientes contingentes de fuerzas para auxiliar al monarca en las guerras que sostenía. Con el precio de estos rescates el rey contrataba mercenarios. Audoin, *L'Armée Royale au temps de Philippe Auguste*. pag. 5, 11 et 33.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 36 et 38 à 43.

Para determinar con acierto los orígenes de esta institución, observaremos previamente que ella no puede nacer en los grados inferiores del desarrollo político, cuando los ciudadanos tienen que costear con sus propios peculios los gastos de armamento, de alimentación, de equipo y de trasporte. Sería ponerles en una situación imposible el obligarles a cargar con los gastos militares al mismo tiempo que reteniéndolos a perpetuidad en las filas, se les impediría administrar sus intereses para obtener los recursos necesarios. Esto no puede ser. Por su naturaleza, la institución del ejército permanente supone la adopción de un régimen remunerativo (*b rr*).

En dos ocasiones históricas, en la Antigüedad y a fines de la Edad Media, se ha dejado el servicio gratuito por el retribuído, y en ambas no se ha llegado a instituir el sueldo periódico sino con mucha repugnancia y timidez, dándosele durante largo tiempo, para mantener incólume el principio de la gratuidad, el carácter de indemnización antes que el de remuneración.

En Roma, desde los primeros tiempos de la República, se pensó que no era justo exigir a los *caballeros* el que adquiriesen los caballos con dineros de su propio peculio porque semejante obligación les ponía en un pie de desventajosa desigualdad respecto de los *peones*; y entonces, para igualar los gravámenes de una y otra arma, se adoptó la práctica de dar a los primeros una indemnización para comprar caballos (*aes equestre*) y otra para mantenerlos (*aes hordearium*) (*b s*).

(*b rr*) En el Imperio Incásico, «el sueldo y paga de los que profesaban la milicia, dice Cobo, era que el Inca, mientras andaban en su servicio ausentes de sus casas, les daba de comer y vestir, armas y municiones, y los pueblos de comunidad les labraban sus heredades y hacían las sementeras. Sin esto, eran bien premiados los capitanes y gente de cuenta y todos los soldados que en las ocasiones se mostraban esforzados». Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. IV, lib. XIV, cap. IX, pág. 193.

(*b s*) No necesitamos advertir que etimológicamente *caballero* es el soldado de caballería, y que sólo adquirió el sentido de distinción señorial

Algún tiempo después, cuando merced al empuje de sus legiones, el Estado Romano había ya vencido muchos pueblos y agrandado muchas veces su territorio, se pensó que tampoco era justo que solo cargasen con los gastos de la guerra aquellos que en cada caso se adelantaban por patriotismo a enrolarse en las expediciones mientras la masa creciente de los poltrones y de los egoístas se mantenía substraída juntamente a los gravámenes y a los peligros; y entonces, para compensar los sacrificios de los movilizados, se adoptó (año 406 a. de J. C.) la práctica de darles una indemnización llamada *estipendio* ora al principio, ora al fin de cada campaña (*b t*).

Por último, cuando a causa de la decadencia del espíritu militar, empezaron los ricos a substraerse al servicio, llamados en su reemplazo los proletarios de la sexta clase de Servio Tulio, que carecían de recursos para cargar ni aun transitoriamente con los gastos, se sintió la necesidad de darles un estipendio cada cierto tiempo, mientras durase la campaña. Aquel estipendio se convirtió en verdadero sueldo cuando Julio César junto con alzarlo hasta exceder la cuantía media de los gastos, dispuso que el pago se hiciese cada cuatrimestre (*b u*).

cuando en la Edad Media quedó monopolizado este servicio por las clases superiores.

Peón, en italiano *pedone*, viene de *pes*, *pedis*, pie, y originariamente significó soldado de infantería.

Aes, significa *cobre*, *bronce*, pero se empleaba la palabra para significar *dinero*, así como hoy se usa en el mismo sentido la palabra *plata*. De *aes* viene la palabra *Aerarium*, erario, caja de dinero.

En fin, *equestre* viene de *equus*, caballo, y *hordearium* de *hordeum*, cebada.

(*b t*) *Stipendium*, según Plinio, viene de *stipis*, vellón (moneda de cobre) y de *pondera*, pesar, porque a los principios la remuneración se daba pesada, a razón de una libra por cada as de cobre. Plinio. *Histoire Naturelle*, t. II, liv. XXXIII, chap. XIII, § 1 et 2.

Marquardt, *L'Organisation Financière chez les Romains*, pag. 221.

(*b u*) Suetonio, *Cayo Julio César*, XXVI.

Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 119.

De manera muy semejante se instituyó en las monarquías modernas la remuneración periódica de los servicios militares. Aunque en principio los súbditos debían cargar con los gastos personales cuando acudiesen a la defensa de su señor, ello es que desde el siglo IX se empezó a introducir en Francia y en el Imperio Germánico la práctica de darles alguna indemnización para que cubrieran sus gravámenes, y aun verdaderas recompensas en los casos de victoria. Más tarde, a fines de la Edad Media, cuando empezaron las grandes guerras nacionales, no bastó el servicio de sólo 40 a 90 días a que los vasallos estaban obligados por el pacto feudal, y hubo que recurrir o bien a contratar mercenarios, o bien a retener sobre las armas las milicias feudales; en uno y otro caso con cargo de pagar a cada individuo un sueldo que desde el primer momento tuvo más carácter de remuneración que de indemnización (*b* v).

Con la formación de los ejércitos permanentes, se incorporan definitivamente en el organismo constitucional del Estado unos defensores que hasta entonces no sirven sino en calidad de auxiliares ocasionales, cuales son los *mercenarios*. Como quiera que en el sentido etimológico de la palabra, que no concuerda con el sentido despectivo que el

(*b* v) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 74.

Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration Publique en France*, t. II, chap. XIX, § II, pag. 287.

Guizot, *Histoire du Gouvernement Representatif*, t. II, leçon V.

Prescott, *Histoire du Regne de Ferdinand et d'Isabelle*, t. II, pag. 105, et t. III, pag. 70.

«La loi feodale, encore en vigueur dans cette partie de la péninsule, obligeait les différents cites à veiller à la defense de leur territoire, en levant quand elles y étaient convoquées, un certain nombre de soldats, dont l'entretien était à leur charge pendant trois mois; les six mois suivants le gouvernement intervenait avec elles dans les frais». Prescott, *Histoire du Regne de Philipe II*, t. IV, pag. 157.

Según Audoin, (*L'Armee Royale au temps de Philipe Auguste*, pag. 35), el más antiguo documento que se conoce en Francia sobre el pago de tropas mercenarias es el *Compte general des revenus du Roy pendant l'annee* 1202.

vulgo la atribuye, mercenario es el que sirve por paga (de *merces*, merced), todo ejército permanente es ejército de mercenarios porque *soldado* es también el que sirve por paga, por una *soldada*, por un sueldo (de *solidum*).

Por lo común no aparecen los mercenarios, como sería de pensarlo, en las épocas de despoblación de los Estados. Aparecen principalmente: 1º cuando por una u otra causa, se retraen los ciudadanos de servir gratuitamente en el ejército; 2º cuando el Estado, por haber crecido a costa de los pueblos vecinos, vive rodeado de enemigos irreconciliables que le precisan a mantener fuerzas permanentes para su defensa; y 3º cuando se pretende mantener sometido el pueblo por tiempo indefinido bajo la mano de autocracias tiránicas y odiosas.

Por causa de la decadencia del espíritu militar en los ciudadanos, la república de Cartago confió desde muy temprano su defensa a mercenarios que remuneraba con un sueldo periódico (*b x*); y en Grecia, después de la batalla de Cheronea, cuando empezó a declinar el espíritu cívico, se recurrió a los mismos auxiliares, los cuales por su carácter de extranjeros y por su desafección al pueblo, no tuvieron inconveniente para apoyar a los tiranos que les remuneraban liberalmente sus servicios (*b y*).

Por obra de causas análogas, aparecieron los mercenarios en Roma. Como lo observa Marquardt, en la Constitución de Servio Tulio no era propiamente una carga el servicio militar; era un honor reservado a las clases pudientes, al cual no podían aspirar los ciudadanos que gozaban de rentas inferiores a 11.000 ases. Pero el retraimiento de los ricos, apegados a sus comodidades, se empezó a generalizar en tal grado que poco antes de Polibio, hubo de rebajarse este mínimum a 4000 ases porque con el antiguo ya no se podía llenar los claros de las filas. Como tampoco

(*b x*) Heeren. *De la Politique et du Commerce des Peuples de l'Antiquité*. t. IV, pag. 283 à 294.

(*b y*) Grote. *Histoire de Grèce*. t. IV, pag. 35.

se consiguiese en algunos casos completar los enrolamientos con esta enorme rebaja, húbose de adoptar a poco, desde los tiempos de Mario, la práctica de enganchar voluntarios sin haber atención a la renta, dando entrada en el servicio de las armas a los más miserables proletarios; y como estos nuevos defensores de la República, por un lado no podían, a causa de su miseria, subvenir a los gastos militares, y por otro no estaban obligados a servir, fué menester que el Estado les diese una retribución para que se armaran, se equiparan y se alimentaran.

En la historia de Roma, aparecen por primera vez los mercenarios hacia la primera guerra púnica, y ya desde los tiempos de Augusto, queda abolida la obligación del servicio militar y no subsiste otro medio de enrolamiento que el enganche voluntario con la base de la retribución periódica (*b z*). Estos mercenarios, menos afectos a la entidad intangible de la República que al general de carne y hueso que hacía vida común con ellos y les remuneraba directa y liberalmente sus servicios, fueron los principales instrumentos de la formación de la autocracia imperial (*c a*).

En el orden militar, tuvo aquel profundo trastorno de las instituciones consecuencias tan graves como en el orden político. Cuando los gobernantes son realmente populares, no necesitan de guardias especiales para conservar en sus manos el poder; pero cuando se han impuesto infrin-

---

(*b z*) «Les prétoriens, dit Marquardt, recevaient 720 deniers par an; les soldats de *cohortes urbanæ*, 360; et les légionnaires, 225. La durée légale du service était de seize ans pour les prétoriens; de vingt ans pour les *cohortes urbanæ* et les légions; de vingt-cinq ans pour les troupes auxiliaires...; de vingt-six pour les soldats de la flotte». Marquardt, *L'Organisation militaire chez les Romains*, pag. 105, 278 et 282.

«En este año, dice Tito Livio, una sola cosa notable ocurrió en España, el hecho de ser los celtíberos los primeros soldados mercenarios que hasta entonces habían recibido los romanos en el ejército». Tito Livio, *Decadas*, t. IV, lib. XXIV, pág. 151.

(*c a*) Marquardt, *L'Organisation militaire chez les Romains* page 141 a 143 et 158.

giendo las leyes tradicionales, merced a la fuerza de que disponían ocasionalmente; la ira, el despecho y el deseo de venganza les suscitan sediciones que les precisan a vivir rodeados de una guardia permanente. En Roma, donde los legionarios eran licenciados a la terminación de cada guerra, la dictadura hubo de retenerlos indefinidamente en las filas (*c b*) porque si los había utilizado como instrumentos de destrucción para derribar la República, los necesitaba como instrumentos de coacción para perpetuar el Imperio. El ejército permanente, dirigido contra las clases aristocráticas defensoras de las instituciones republicanas y compuesto casi exclusivamente de proletarios mercenarios, fué el hijo genuino y el apoyo indispensable de la autocracia imperial. En los siglos medios y antiguos, hubo muchos casos análogos, casos en que para afianzar tiranías, se dió carácter de permanente a la fuerza pública.

Si la dominación interna de una autocracia sobre el pueblo necesita cuando es violenta apoyarse en una fuerza permanente, con mayor razón necesita el mismo apoyo la dominación externa de un Estado sobre otros Estados. Dado el carácter municipal del Estado primitivo, es claro que todos los grandes imperios que figuraron en la historia hubieron de formarse a costa de numerosos pueblos vencidos y conquistados, los cuales antes de conformarse definitivamente con la derrota, el despojo y su impotencia, han de haber vivido en acecho de un momento de debilidad para lanzarse al desquite contra el conquistador. En fuerza de esta predisposición de espíritu de los vencidos, el vencedor tiene que permanecer por tiempo indefinido con el arma al brazo manteniendo guarniciones permanentes en la frontera y en los países conquistados. « Nada, decía Demóstenes a los atenienses, nada ha dado más ventajas a Filipo que el mantener en armas un ejército permanente de mercenarios, con el cual ha vivido siempre prevenido para la defensa, siempre

(*c b*) Marquardt. *L'Organisation militaire chez les Romains*, page 158 à 166.

apercibido para el ataque» (*cc*). Así mismo, según Jenofonte, cuando Ciro el Grande se hubo apoderado de Babilonia, juzgó indispensable establecer allí a firme una fuerte guarnición para mantener sojuzgados a los vencidos; y al efecto, dejó en la ciudad un cuerpo de mercenarios cuyos sueldos quedaron a cargo de la población (*cd*). No de otra manera procedió Roma, principalmente en los Estados que conquistó fuera de Italia.

La formación de los ejércitos permanentes es sin duda uno de los hechos más trascendentales de la historia política de los pueblos, y aun cuando trae consigo grandes beneficios, a la vez envuelve graves peligros para el desenvolvimiento normal de las instituciones públicas.

Si hemos de atenernos a las enseñanzas de la historia, no es dudoso que los ejércitos permanentes han traído consigo los siguientes males o peligros:

1° Han facilitado el entronizamiento de las autocracias, dictaduras y tiranías;

2° Han tornado arrogantes y provocadores a los Estados en sus relaciones recíprocas;

3° Han impuesto gastos cuantiosos a los pueblos; y

4° Han distraído del trabajo una gran porción de hombres esforzados.

Pero las mismas enseñanzas manifiestan que ellos por otro lado:

1° Han acabado con los cuerpos de consanguíneos y con los jefes natos, extendiendo el imperio del estatuto territorial;

2° Han diversificado las funciones militares permitiendo que la mayor porción de los ciudadanos se aplicase a las tareas de la paz, encargando a unos pocos las de la guerra;

3° Han robustecido la personalidad del Estado afianzando su independencia en el exterior contra los Estados rivales y en el interior contra las tribus de consanguíneos; y

(*cc*) Demosthène et Eschine, *Œuvres*, t. II, pag. 75.

(*cd*) Xénophon, *Cyropédie*, liv. VII, chap. V.

4º Han fortificado la acción del Estado en la empresa de conservar el orden y de hacer cumplir las leyes, las sentencias y los decretos.

§ 80. Para poder estudiar con criterio seguro los orígenes sociales de la policía, es indispensable determinar previamente la naturaleza de este servicio.

En su sentido más lato, se da el nombre de policía a todo servicio que tiene por objeto prevenir un daño cualquiera y extirparlo administrativamente cuando a pesar de las medidas preventivas, ha aparecido. Así se dice policía de aseo, policía de salubridad, policía de guarda-bosques, etc. En este sentido, la policía de seguridad, cuyos orígenes nos proponemos determinar, no es más que una simple rama de la policía general.

Así como el ejército está instituído para garantizar el orden constitucional y la existencia del Estado, así la policía lo está para evitar que se cometan delitos en cualquiera parte, y faltas en los lugares públicos. Una y otra institución sirven, de consiguiente, en diferentes esferas para mantener el orden jurídico establecido por el Estado.

Todo servicio de policía, cualquiera que sea su naturaleza, es esencialmente preventivo; pero la prevención sería muy deficiente si cuando se ha ejecutado un daño no se persiguiese a los responsables y no se les aplicase la sanción penal correspondiente para evitar el mal ejemplo y la reincidencia. De consiguiente, sin perder su carácter preventivo, la policía tiene que ejercer de continuo funciones represivas. Así, cuando estalla una epidemia, a pesar de las medidas higiénicas que se habían establecido para alejarla, la policía de salubridad impone el aislamiento y la desinfección para reprimirla.

Análogamente, la policía de seguridad tiene siempre que prevenir, y en su caso, que reprimir. En desempeño de sus funciones preventivas, lleva registros de los sirvientes domésticos, de los cocheros del servicio público, de las casas de prostitución, y vigila las tabernas, los teatros, los mitines y las calles; y en desempeño de sus funciones represivas, pesquisa los delitos, aprehende los delincuentes, recoge

y entrega a la justicia los instrumentos y los efectos del delito, etc.

Aun cuando en todos los pueblos cultos se encargue a la policía de seguridad la aprehensión de los delincuentes, su función más característica es la función preventiva. Ésta es también su función más delicada y más peligrosa. Fundada la policía preventiva en la noción del peligro, no es posible fijar en abstracto los límites de su acción; por manera que si es una garantía cuando la dirigen magistrados democráticos, se convierte en una amenaza para las libertades públicas cuando la dirigen magistrados avasalladores de tendencias autocráticas.

De aquí proviene que los pueblos viven en un perpetuo vaiven entre el régimen judicial, puramente represivo, que favorece la libertad pero que no evita el mal, y el régimen policial, principalmente preventivo, que evita el mal pero en parte a costa de la libertad. En teoría, la intervención de la policía se justifica siempre que el orden y el derecho aparecen amenazados (*c e*). En la práctica, la aplicación rigurosa de esta doctrina traería por consecuencia la anulación o el cercenamiento de las libertades.

El gobernante que comprenda su deber de estimular el desenvolvimiento de las facultades humanas no dará intervención a la policía sino en tanto cuanto ella no pueda ser suplida por la iniciativa individual.

Si en una ciudad las familias no alquilan sirvientes antes de cerciorarse por sí mismas de la honradez de los que les ofrecen sus servicios; si allí la gente es tan escrupulosa que nunca se expiden recomendaciones y certificados de probidad en favor de quien no los merece; si por otra parte la población es pequeña y todos los vecinos se conocen recíprocamente, la policía puede muy bien eximirse de llevar el registro de la servidumbre.

En todas las grandes ciudades europeas, la policía exige que los dueños de casa, de hoteles o de posadas la den

(*c e*) Stein, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 44 y § 675

noticia de los pasajeros o huéspedes que lleguen a pedir alojamiento; y aun cuando en general estén suprimidos los pasaportes, exige a los forasteros que justifiquen su identidad personal, su procedencia y su destino. Para este efecto, se expiden en España por la misma policía las llamadas *cédulas personales*. Ahora bien, ¿qué necesidad de estas medidas de policía habría en las pequeñas ciudades de Chile, esto es, fuera de Santiago y Valparaíso?

La institución preventiva por excelencia es la *cédula de identidad* o *cédula personal*.

En todo Estado bien organizado, cada ciudadano está obligado a llevar consigo una cédula que en cualquier momento, sea ante la autoridad, sea ante los particulares, acredite su identidad personal.

Por la falta de esta institución, han fracasado en Chile el servicio militar obligatorio y el impuesto de capitación, los jueces del crimen no saben de ordinario con quién hablan en los procesos, y ofrece graves entorpecimientos la empresa de hacer cumplir la obligación de la asistencia escolar.

La cédula personal impone la probidad en el uso de los nombres.

En nuestras clases inferiores, es práctica muy general que los hombres cambien de nombre al pasar de un lugar a otro. Muchas familias de soldados muertos en la guerra de 1879 no recibieron pensiones que el legislador las otorgó porque no pudieron acreditar, a causa de los cambios de nombres, la identidad de los fallecidos. Muchas otras solo obtuvieron este beneficio después de salvar grandes dificultades habiendo tenido que probar que los soldados inscriptos con tales nombres se llamaban de cual otra manera. Pues bien, la cédula de identidad personal evita males de esta naturaleza porque mediante ella, las identificaciones se hacen, por lo común, instantáneamente.

§ 81. Determinada la naturaleza del servicio de policía, podemos ahora estudiar su complejidad, su extensión y distinguirlo donde quiera que lo encontremos.

Una observación muy superficial no reconoce más fun-

ciones de policía que la de guardar el orden en las calles y caminos combinada con la de perseguir y aprehender a los delincuentes. Pero en realidad la corresponden tantas atenciones que sin exageración se puede tener el servicio policiario por uno de los más complejos del Estado.

Sin intentar una enumeración taxativa, observemos que a la policía corresponde también: 1º velar por el cumplimiento de ciertas leyes administrativas, por ejemplo, la que impone la obligación de la asistencia escolar y la que reglamenta el trabajo industrial; 2º llevar los registros de las prostitutas y vigilar las casas de prostitución, no para evitar las relaciones sexuales irregulares, sino para reprimir el escándalo, para amparar a los menores y para imponer la higiene; 3º reprimir la embriaguez en las tabernas y lugares públicos y aprehender los ebrios que cometan desórdenes en las calles, tranvías, teatros, etc.; 4º vigilar los garitos y los hipódromos para impedir tanto los juegos prohibidos y las apuestas mutuas cuanto las malas artes, y 5º amparar a los animales contra los malos tratamientos de los cocheros y conductores.

Si el cuerpo de guardianes conocidos con los nombres de *serenos, vigilantes, policiales*, concreta su atención a estos servicios, hay en todo Estado culto otros cuerpos de policía que bajo las más varias denominaciones, se encuentran entremezclados con la mayor parte de las instituciones políticas y administrativas y que tienen a su cargo funciones especiales de policía.

Sin salir de Chile, son cuerpos de policía encargados de guardias especiales: 1º el resguardo de las aduanas, cuya incumbencia es reprimir los contrabandos; 2º el cuerpo de celadores del telégrafo, instituído por el reglamento fechado el 31 de Enero de 1872; 3º el cuerpo de guarda-bosques, instituído por el reglamento fechado 3 de Marzo de 1873; 4º el cuerpo de los guardianes de las salitreras, instituido por el decreto fechado el 1º de Abril de 1889; 5º los conductores de trenes, los jefes de estación, los guarda-vías y y otros empleados ferroviarios con arreglo a la ley fechada

el 6 de Agosto de 1862; 6º el cuerpo de guardianes del Congreso Nacional, etc., etc. (*cf*).

Esta multiplicidad de los servicios de policía es impuesta por la diversa naturaleza de los peligros que hay que combatir. Por muy bien organizado que esté un cuerpo de policía, nunca puede desplegar la enorme variedad de aptitudes que se requieren para prevenir males y delitos que son de muy variada índole y que se ven venir disfrazados bajo las formas más engañadoras. Si un solo cuerpo de policía se encargara de tantas funciones preventivas, tendría que descuidar o la atención de la seguridad general o la de los delitos especiales, como el contrabando, la caza furtiva, etc.

A la verdad, no sería empresa de romanos enumerar taxativamente todos los servicios policiarios que funcionan en el Estado; pero erraríamos si creyésemos que una enumeración completa nos daría por sí sola idea cabal de la complejidad y de la extensión de la policía.

En contra de lo que el vulgo cree, advirtamos que la policía de un Estado no se compone exclusivamente de los guardianes que bajo diferentes nombres están encargados de conservar el orden en las calles, en los caminos y en las instituciones públicas. También forman parte integrante del sistema policiario del Estado todas aquellas leyes y medidas que se dictan e instituciones que se establecen con el objeto de impedir daños, desórdenes y faltas o actos delictuosos (*cg*).

(*cf*) Stein observa que no se puede instituir un ministerio de policía porque los servicios de policía están repartidos por todos los departamentos del gobierno y de la administración. En tal caso tampoco podría haber ministerio de obras públicas puesto que las tienen todos los departamentos gubernativos, ni ministerio de instrucción puesto que todos los departamentos sostienen o pueden sostener escuelas. La verdadera razón porque no se puede instituir un ministerio de policía es, a nuestro juicio, que la policía constituye un ramo administrativo sin iniciativa propia e inherente al gobierno. No puede haber más ministerio de policía que el ministerio de gobierno.

Stein, *La Scienza della Pubblica Amministrazione*, § 40.

(*cg*) Posada, *La Administración Política y la Administración Social*, lib. I, cap. III.

La institución de la censura de imprenta (1813), la de teatro (1830 y 1834); la de la licencia para imprimir libros; la de los registros de sirvientes domésticos, de cocheros, de prostitutas; la de la cédula de identidad personal; la de las murallas corta-fuegos, la del sistema decimal de pesas y medidas (1840-1864), la de los pasaportes, la de las tarifas de los coches de posta, etc., etc., son por su carácter preventivo, instituciones de policía.

Análogamente son medidas de policía la prohibición de las lidias de toros (1823), la de cargar armas blancas y armas cortas (1824), la de mendigar, la de salir al público en estado de ebriedad, la de las loterías (1890), la de las apuestas mutuas (1902) etc., etc.

En el imperio faraónico todos estaban obligados a declarar ante la autoridad con cuáles medios de subsistencia contaban, y eran condenados a muerte así los que hacían declaraciones falsas como los que empleaban medios ilícitos para ganarse la vida (*c h*).

En la legislación de Solón, se apercibía con duras penas al que no teniendo fortuna propia, no se aplicaba a un trabajo honesto para vivir; y cuando un padre no había enseñado a sus hijos alguna profesión o arte, no tenía derecho a exigirles que le alimentaran en la vejez o en la miseria (*c i*).

En las poblaciones urbanas de la Edad Media, fueron muy generales las dos reglas siguientes: todo vecino que careciese de rentas propias podía ser obligado a trabajar en cualquier arte, oficio o industria honrada; y todo forastero que viniese a establecerse en ellas debía rendir caución para responder de que tenía medios honestos de subsistencia y de que no iba a vivir a costa del vecindario (*c j*).

En Inglaterra, una ley antigua, acaso una simple costum-

(*c h*) Lenormant. *Histoire Ancienne de l'Orient*, t. III, liv. IV, chap. I, § 5, pag. 45.

(*c i*) Demosthène et Eschine, *Œuvres*, t. I, pag. 266.
Grote, *Histoire de Grèce*, t. IV, pag. 190.

(*c j*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. II, pag. 64.

bre autoriza a los jueces de paz en los casos de persecución de delincuentes para investir con el cargo de guardián del orden a cualquier vecino haciéndole prestar juramento de fidelidad y de respeto a la ley (*c l*).

Análogamente, una real orden dictada en 1514 para el reino de Granada disponía que « cuando algún robo o muerte y daño se hiciere en cualquier camino y parte de dicho reino.... los vecinos del lugar sean obligados de seguir el rastro de los malhechores hasta que entren en otra jurisdicción, e allí dar el rastro a los del otro lugar.... y los otros sean obligados de hacer lo mismo; so pena.... que sean obligados a pagar todo el daño que hicieren los dichos malhechores » (*c m*).

Todas estas medidas son de carácter esencialmente preventivo y buenas o malas forman parte integrante del sistema de policía.

Inductivamente podemos entonces definir la policía de seguridad diciendo que es el conjunto de leyes, medidas e instituciones que en cada Estado están dirigidas a impedir que se cometa el delito o el daño o que escape a la acción de la justicia el agente responsable.

Así mismo, por la vía inductiva, llegamos a la conclusión de que el personal de policía no es en el Estado más que una parte del sistema policiario, y de que, por tanto, puede haber policía sin policiales.

§ 82. Con la ayuda de las precedentes nociones, relativas a la naturaleza, complejidad y extensión de la policía, podemos entrar en el estudio de sus orígenes sin peligro de mayores tropiezos.

Apenas necesitamos decir que en las sociedades más atrasadas, donde todavía no existe el Estado, tampoco existe la policía. Dado el carácter orgánico de la constitución político-jurídica de las sociedades, no se comprende cómo podría empezar a existir la fuerza del Estado antes que el Estado mismo.

(*c l*) Gneist, ob. cit., t. IV, pag. 46.

(*c m*) *Novísima Recopilación*, lib. XII, tít. XV, l. 10.

Más aún: si el fin primordial de la policía es la prevención y pesquisa de los delitos, *a priori* debemos suponer que el nacimiento de esta institución nunca se efectúa sino en grados relativamente altos del desarrollo político, porque en los inferiores no corresponde al Estado la represión de la delincuencia ni de los meros desórdenes internos.

Según lo ha observado Spencer (*c n*) y lo hemos demostrado más arriba, el Estado no se constituye originariamente sino para el solo fin de organizar la defensa y el ataque contra las sociedades extrañas, dejando a cargo exclusivo de la venganza privada la persecución de los delincuentes. Si exceptuamos el núcleo actual de las naciones civilizadas, la pesquisa de oficio fué siempre prohibida en todos los pueblos de la tierra (*c ñ*).

Al empezar su disertación sobre el derecho penal de la ley sálica, Pardessus observa que la legislación de las tribus germánicas tiene, en lo que toca a la pesquisa de los delitos, una peculiaridad que la distingue de las legislaciones de casi todos los pueblos antiguos y modernos, cual es la falta de represión pública y la sanción del derecho de la venganza. Pero si en la historia del derecho penal hay al presente un hecho bien establecido, es que en las primeras etapas del desarrollo político no se conoce más medio de represión que la venganza privada y que cuando el Estado empieza a intervenir, no actúa sino a guisa de amigable componedor sin facultades para perseguir a los delincuentes.

Entre los caribes, dice un autor citado por Lubbock, el que se cree ofendido se venga por sí mismo a medida de sus fuerzas y el público no se cura del castigo de los crímenes. Entre los indígenas de Norte América, cuando se comete un asesinato corresponde exclusivamente a la familia del occiso obtener la debida satisfacción y los jefes de tribus no tienen nada que hacer. En las islas del Pacífico,

(*c n*) Spencer. *Justice*. § 112.

(*c ñ*) En otra obra que esperamos publicar próximamente tratamos y comprobamos plenamente este punto. Por ahora apuntaremos solo unos pocos datos.

no era el jefe el que castigaba el delito de robo, sino que la víctima tomaba venganza contra el ladrón. En Australia, la ley del talión rige con la anuencia general: cuando uno mata o hiere a otro, la víctima o sus parientes, se vengan del ofensor (*c o*).

Según D'Arbois de Jubainville, el derecho céltico imponía como un deber a los parientes del occiso el ejercicio de la venganza y jamás hacía intervenir al Estado en la represión de los crímenes (*c p*).

En Israel, en Roma y en Atenas había sin duda justicia penal, pero ella no podía actuar ordinariamente sino a instancia de la víctima o de sus parientes. Si por cualquiera causa, por interés, por miedo, por desidia, por efecto de una transacción privada, no perseguían ellos al delincuente, la autoridad pública no se estimaba facultada para molestarle (*c q*).

En grados superiores del desarrollo social, se suelen encontrar vigentes ciertas prácticas jurídicas que no concuerdan con el estado de cultura y que solo se explican como consecuencias tardías del derecho primitivo de venganza. Durante la Edad Media, por ejemplo, se practicaron mucho las *represalias civiles*. Cuando alguno había recibido daño por efecto de un delito, recababa de la autoridad una carta de represalias, la que le facultaba para perseguir al culpable hasta obtener indemnización. Como lo observan Vecchio y Casanova, estas prácticas se fundan en el sentimiento de la venganza, «tan antiguo como el género humano y universal en la infancia de los pueblos» (*c r*).

(*c o*) Lubbock, *Origines de la Civilisation.* chap. X, pag. 459 et 463.

Freycinet, *Voyage autour du Monde,* t. III, pag. 784.

(*c p*) D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit Celtique,* t. I, chap. V, § 20, pag. 178, 179 et 181.

(*c q*) Démostène y Eschine, *Œuvres Complètes,* t. IX, pag. 268.
Grote, *Histoire de la Grèce,* t. IV, pag. 107.
Números, cap. XXXV, § 21.

(*c r*) Vecchio e Casanova, *Le Rappresaglie,* pag. 6, 33 e 59.

La abstención del Estado en la represión de la delincuencia, abstención que hace innecesaria la diversificación de la policía, ocasionaría sin duda desórdenes y atentados crónicos si las sociedades no los evitaran por medio de una organización preventiva.

Según lo hemos demostrado más arriba (§ 15), los pueblos atrasados están fraccionados en *gentes* y tribus, cuyos miembros todos se suponen descender de un ascendiente común; y que para conservar su autonomía y la pureza de su sangre, forman aldeas donde ningún extraño puede establecerse como no sea por las vías jurídicas de la adopción, la naturalización o la esclavitud. Asimismo hemos demostrado que todos los pueblos semi-civilizados adoptan, para los efectos militares, una organización fundada en el fraccionamiento decimal (§ 75). Pues bien, en todos aquellos pueblos donde ambas organizaciones están establecidas, constituyen ellas un régimen a la vez preventivo y represivo, acaso más eficaz que nuestros cuerpos de policiales, contra las alteraciones del orden interno.

En el antiguo derecho mosaico, cuando se encontraba un cadáver en el territorio de una población, ella tenía que excusarse colectivamente de haber cometido el homicidio so pena de cargar con la responsabilidad. Al efecto, los ancianos juraban, en representación de la colectividad, que sus manos no habían derramado la sangre del occiso ni sus ojos habían visto derramarla (*c s*).

Una disposición semejante aparece en la primera ley capitular agregada al Código de los francos salios: la comunidad, en cuyo distrito se encontraba un cadáver, cargaba con la responsabilidad del delito a menos que los ancianos se justificaran por medio del juramento (*c t*).

Análogamente, según el antiguo derecho de Polonia, cuando el autor de un asesinato era desconocido, respon-

(*c s*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 23 et 24
Deuteronomio, cap. XXI, § 6 y 7.

(*c t*) Dareste, ob. cit., pag. 391, 411 et 413.

día del delito la aldea en cuyo territorio se encontraba el cadáver, pero ella podía eximirse de toda responsabilidad denunciando a una familia, y ésta a su turno, denunciando a uno de sus miembros. La misma regla se seguía en los casos de salteos y robos. En el derecho del siglo XV, se suprimió la solidaridad entre los consanguíneos, pero se mantuvo la obligación que de antiguo gravaba a los vecinos de cada aldea de prestarse recíproca ayuda. Así, en los casos de robo, la víctima podía exigirles auxilio para perseguir al ladrón (*c u*).

En Inglaterra, antes de la conquista normanda, todos los hombres estaban obligados a servirse de garantes de diez en diez. La mayor garantía del orden público, decía una ley atribuída a Eduardo el Confesor, se funda en la obligación que cada habitante tiene de formar parte de una decuria y de una centuria. Con arreglo a este derecho, era en vano que huyera un delincuente puesto que quedaban nueve deudores solidarios que respondían de la indemnización. Esta solidaridad no desapareció en los trastornos de la conquista normanda, porque posteriormente se dispuso que cuando se encontrara en el cantón de una centuria el cadáver de un normando, ésta pagaría una multa de 46 marcos siempre que dentro de una semana no fuese aprehendido el asesino (*c v*).

(*c u*) Dareste, ob. cit., pag. 113, 196 et 230.

(*c v*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 51 et 130.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 120.

Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. III, pag. 155.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 512.

En la misma Inglaterra, cuando la supervigilancia del orden de cada condado o distrito estaba ya a cargo del Estado representado por los *shériff* y los jueces, éstos podían informarse de si había delincuentes en el lugar tomando juramento a 12 hombres de cada centuria y a cuatro de cada decuria; y en 1285, se estableció que cuando un ladrón no fuese aprehendido dentro de 40 días, respondería del robo la centuria entera. Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 562 et 563.

En el principado de Montenegro, hasta hoy mismo está establecido que la obligación de pagar el precio de la sangre grava no solamente al homicida sino también a toda la aldea en que la sangre se derramó (*c x*); y en la Rusia medioeval regía un derecho penal semejante al de los anglo-sajones porque cada decanía estaba obligada a vengar la injuria que se hacía a cualquiera de sus miembros y obligada a responder de la conducta de todos ellos. Es presumible que el mismo régimen imperase en el antiguo Imperio de los Incas, y no otro es el que todavía impera en el Japón (*c y*).

De estas observaciones, se infiere que las sociedades atrasadas, donde el Estado no se encarga de conservar el orden, tienen una organización preventiva contra la delincuencia y que la base de esta organización es la responsabilidad solidaria, la que, obligando a los individuos de las fracciones decimales y de las agrupaciones de consanguíneos a vigilarse constante y recíprocamente, propende a impedir las perturbaciones del derecho.

La solidaridad penal se encuentra establecida bajo de las más variadas formas en todos los pueblos que no han llegado a los grados superiores del desenvolvimiento jurídico.

Entre los germanos, los miembros de cada familia eran solidarios por activa y por pasiva, esto es, para recibir y para pagar las indemnizaciones penales.

En Esclavonia y en Dalmacia, el derecho servio del siglo XIV imponía la solidaridad entre los consanguíneos que tenían domicilio común. En virtud de esta mancomunidad, el hermano respondía por el hermano, el padre por los hijos, el pariente por el pariente. Con referencia al derecho que impera en las sociedades semi-civilizadas, observa Sumner Maine, que la vida común basada en la consangui-

(*c x*) Jovanovic', *Étude sur le Montenegro*, pag. 480 du Bulletin de la Société de Législation Comparée de 1890

(*c y*) Nadaillac, *L'Amerique prehistorique*, chap. VIII, pag. 441. Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 512.

nidad implica siempre la mancomunidad en el cumplimiento de las obligaciones legales (*c z*).

Una ley de Atenas disponía que si alguno muriese víctima de un acto de violencia, sus parientes pudieran hacer aprehender, para vengar su muerte, hasta tres de las personas en cuya casa se hubiese perpetrado el asesinato y mantenerlos arrestados hasta que se fallara el proceso o hasta que entregaran o se descubriese el asesino (*d a*).

De estos hechos fluye una consecuencia jurídica que apenas sería de creer si no estuviese atestiguada por veracísimos testimonios, cual es que en las sociedades atrasadas el hombre que no tiene parientes, por ejemplo, el extranjero, vive sin protección ni amparo, expuesto en cada momento de su vida a ser víctima del primero que encuentra en su camino.

Lenormant y Babelon, observan que en la antigua Asiria, donde el Estado no se cuidaba del orden, el pueblo estaba dividido en tribus, cuyos miembros se auxiliaban recíprocamente, y agregan que para un hombre no había peligro mayor que el no tener parientes porque el que no formaba parte de alguna tribu se encontraba fuera de la sociedad, abandonado a sí mismo, sin protección ni amparo (*d b*).

Asimismo, Dingelstedt nos informa que entre los kirguizes de la Rusia asiática, el Estado no tiene policía para proteger la propiedad y la vida; que en los casos de crí-

---

(*c z*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 318.

Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 196, et IX, 230.

(*d a*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. VII, pag. 69.

Según Vecchio y Casanova, el texto transcripto de Demóstenes no es auténtico, pero es efectiva la disposición. Cuando el crimen era cometido por un extranjero, la víctima o sus parientes podían arrestar uno o más ciudadanos del Estado a que pertenecía el culpable si dicho Estado no lo castigaba o no accedía a la extradición. Vecchio e Casanova, *Le Rappresaglie*, pag. 55.

(*d b*) Lenormant et Babelon, *Histoire Ancienne de l'Orient*, t. V. liv. VI, chap. I, § 5, pag, 88.

menes, asesinatos, raptos, robos, toda la tribu de la víctima está obligada a perseguir la debida reparación, y que el que no tiene parientes vive expuesto a ser impunemente asesinado.

Esto mismo ha evidenciado Ihering respecto de Roma. En el primitivo Estado romano, observa, el derecho no era individual, sino gentilicio. El que formaba parte de una *gens* tenía plena capacidad civil; el que no, era absolutamente incapaz. Con arreglo a este principio, el extranjero no tenía derecho alguno; y con arreglo al mismo principio, el destierro inspiraba en la Antigüedad horror y espanto porque el desterrado, jurídicamente sin hogar y sin derecho a auxilio, semejaba una fiera a quien cualquiera podía asaltar y que no contaba para defenderse más que con sus solas fuerzas (*d c*).

Por último, Rosales dice de los araucanos que « no tienen policía de alcaldes, corregidores, alguaciles, ni menos escribanos, receptores, procuradores, como tampoco cárceles, grillos, cadenas, ni otro género de prisión, ni horca, ni cuchillo ». Pero cuando los delitos dañan a terceros, « las partes ofendidas se hacen justicia y juntando sus parientes, van con gente armada a vengar el agravio » (*d ch*).

Merced a la responsabilidad solidaria, las sociedades de civilización media consiguen, sin mantener cuerpos de policía. evitar el desarrollo de la delincuencia entre los grupos decimales o consanguíneos que las componen. Pero este régimen no abraza por sí solo todos los delitos, porque de nada sirve que la responsabilidad sea solidaria cuando un individuo de un grupo atenta contra otro del mismo grupo. A nuestro juicio, estos casos caen bajo la jurisdicción doméstica del cacique, patriarca o *pater-familiae*.

Las leyes de Atenas no mencionaban el parricidio entre los delitos; y el mismo silencio guardan casi todas las le-

(*d c*) Dingelstedt. *Le Régime Patriarchal des Kirgiz*. pag. 33. Ihering. *Esprit du Droit Romain*. t. I, § 19, pag. 226 à 229.

(*d ch*) Rosales. *Historia de Chile*. t. I. lib. I, cap. XXIII. pág. 137.

gislaciones de los pueblos bárbaros. En lo tocante al derecho ateniense, Plutarco explica la omisión diciendo que Dracón y Solón no admitieron la posibilidad de que un padre fuese asesinado por su propio hijo. No hay tal cosa; la verdadera explicación es que la represión del parricidio no correspondía ni a la venganza ni al Estado, sino al *paterfamiliæ* (*d d*).

El principio de la solidaridad penal, que tanto repugna al sentimiento jurídico de los pueblos civilizados, tiene sus raíces en las costumbres y en la organización social de los pueblos semi-civilizados.

En dichos pueblos, donde no está desarrollada la noción de la criminalidad, una costumbre universal autoriza el rescate de los más nefandos delitos por medio de la *composición*. En otros términos, con solo pagar el precio legal del delito, el más grande de los criminales se pone a derechas con la víctima y sus parientes. Al castigo, propiamente tal, impuesto por la venganza, no ha lugar sino cuando el victimario o sus parientes se niegan a la composición.

Pues bien, aquí está el fundamento y la justificación de la solidaridad penal porque formando los grupos en las sociedades atrasadas verdaderas comunidades, el pago de la composición grava necesariamente a todos los comuneros; y cuando en los casos de fuga del victimario resisten ellos el rescate del delito, la aplicación de la ley del talión por parte de la víctima no es en el fondo más que un medio de apremio para obligarles a pagar la composición.

§ 83. Mientras los consanguíneos sobre la base de la propiedad colectiva viven constituídos en comunidades, la solidaridad penal se mantiene por activa y por pasiva con un vigor que hace de ella la más eficaz de las medidas

(*d d*) En las leyes penales de Persia parece ser que había el mismo silencio, y Heródoto había dado seis siglos antes que Plutarco la misma pueril explicación. Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia,* t. I, lib. I, cap. CXXXVII. Kovalewski, *Droit Contumier Ossétien,* chapitre VI, pag. 311.

Dareste, *Études d'histoire du Droit,* pag. 149.

preventivas que se podrían imaginar para mantener el orden en las sociedades atrasadas.

Mas, cuando la propiedad empieza a individualizarse, este debilitamiento de la base fundamental de la comunidad trae consigo la relajación de los lazos jurídicos que unen entre sí a los consanguíneos. Precisados éstos a prestar atención a sus intereses particulares, los grupos se dispersan territorialmente y las personas que los forman se sienten jurídicamente menos ligadas entre sí. Empieza a nacer el derecho individual; a los parientes de la víctima, les repugna ahora la obligación que les manda exponerse a los peligros de la venganza, y los del victimario ya no conceptúan justificado el que se les haga responsables de delitos ajenos.

En lo tocante a la prevención de los delitos, este cambio de la predisposición psicológica de los pueblos, fundado en el cambio de la organización social, ocasiona graves consecuencias. Por indolencia, por complicidad, por miedo, por egoísmo, la acción particular empieza a renunciar a la práctica de la venganza, y la flojedad por parte de las víctimas en perseguir a los victimarios da pábulo a la delincuencia, dejando impunes muchos actos criminosos. En tales condiciones, se impone como necesidad del orden social que el Estado tome a su cargo la función policiaria por excelencia, cual es, la de la prevención de los delitos.

Para desempeñar estas nuevas funciones, el Estado no advierte de pronto a crear una nueva institución, sino que las confía a la fuerza que de antemano se encuentra organizada para fines bélicos y que según lo hemos demostrado, se compone de todos los varones válidos en edad de cargar armas. En la historia del desenvolvimiento orgánico del Estado, son frecuentes los casos análogos, casos en que la creación de nuevas funciones no trae consigo, a lo menos de pronto, la de nuevos órganos porque se las asigna a órganos antiguos que han sido instituídos con otros objetos.

Así como el ejército se confunde en el Estado primitivo con la población entera, así la policía se confunde con el ejército. «En tanto, cuanto usa de la fuerza para reprimir los agresores internos, dice Spencer, la policía se asemeja al ejér-

cito, que emplea la fuerza para rechazar los agresores exteriores. Por eso vemos que ambas funciones aparecen confundidas originariamente en una sola y no tienen ni aun en los pueblos más adelantados organizaciones y agentes enteramente distintos. En muchos de ellos, las fuerzas de la policía están sometidas a disciplina militar y armadas de manera que apenas se distinguen los policiales de los soldados. Bastarán dos hechos para probar la identidad originaria de ambas fuerzas: durante el período merovingio en Francia, bandas de siervos armados, agregados a las cortes del rey y de los duques, servían a la vez de policía y de guarnición; y en Inglaterra, durante la época feudal, la fuerza armada se componía de todos los hombres libres de 15 a 60 años, y servía bajo la autoridad del *shériff* para mantener la paz interior y para rechazar las invasiones» (*de*).

Confundidos originariamente en una sola masa la policía con el ejército y el ejército con la población, hay en la historia del desenvolvimiento político del Estado un largo período durante el cual todos los varones en edad de cargar armas prestan sin distinciones específicas los dos servicios de militares y de policiales. Simples derivaciones de este régimen son la obligación de cargar armas y la corvea de las rondas.

Como se sabe, en los pueblos más cultos, donde es reprimida la venganza, correlativamente se prohibe cargar armas porque incumbe de manera exclusiva a los cuerpos de policía la conservación del orden y la represión de la delincuencia. Pero en los pueblos semi-civilizados, no se puede proscribir la práctica de cargar armas porque en ellos no están todavía abrogados el derecho y el deber de la venganza, aun cuando el Estado coopere con su acción particular en la empresa de reprimir la delincuencia. Más aun: así como en los Estados más cultos todos los policiales cargan armas mientras desempeñan su función preventiva, así en los semi-civilizados las cargan todos los ciudadanos aun en los períodos de paz, porque todos desempeñan

(*de*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 528.
Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 208.

dicha función. No es un caso singular el del gobierno de Inglaterra que hacia 1181 dispuso que todos sus súbditos adquiriesen armas con el doble propósito de vivir apercibidos para la defensa del reino, y de ayudar a las autoridades en la represión de los desórdenes interiores.

La segunda obligación que en favor del orden grava a los ciudadanos en los pueblos semi-civilizados es la del servicio de ronda.

La ronda es un servicio de policía nocturna que prestan por turno en tiempo de paz todos los hombres que se hallan en estado de cargar armas.

Donde quiera que el Estado toma a su cargo la prevención de la delincuencia sin instituir a la vez un cuerpo especial de guardianes, la ronda surge espontáneamente. En este caso, como en muchos otros que ya hemos estudiado, queda una vez más comprobado que cuando una función necesaria al orden social no se vincula a unos pocos, fatalmente corre su desempeño a cargo de la población entera.

Empero, aunque en la Edad Media gravase a todos los ciudadanos la obligación de prestar ayuda personal en la obra de reprimir la delincuencia, ello es que muy pronto las clases superiores empezaron a eludir la persecución sin gloria de los malhechores y a consagrarse exclusivamente al servicio propiamente militar. A su turno, las clases inferiores, que no podían pagar el rescate de la obligación, empezaron a preferir el servicio de policía no solo porque les imponía menos gastos sino también porque no comprometiéndolas en guerras lejanas, las permitía mantenerse en sus hogares y seguir atendiendo sus intereses. Así fué como durante los siglos medios, aparecieron las rondas nocturnas en las principales naciones europeas. En Inglaterra, aquellos súbditos que por carencia de fortuna no podían armarse y equiparse a su propia costa para ir a la guerra quedaron obligados, como ya lo hemos visto, al servicio de ronda (*d f*). En Francia, por lo menos en París, había en

(*d f*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 36 a [illegible]

los tiempos de San Luis dos rondas, la real y la burguesa, *le guet royal et le guet bourgeois* (*dg*); y de las de España, habla Cervantes en la historia del gobierno de Sancho Panza.

El servicio de rondas no ha sido que sepamos estudiado por los sociólogos, y los historiadores apenas lo han mencionado de pasada. Presumiblemente ni los unos ni los otros han advertido ni los servicios que la ronda presta a la conservación del orden ni el papel que desempeña en el desenvolvimiento político del Estado. Constituída como quedó desde los siglos medios exclusivamente por los pobres que no podían ir a la guerra, con la ronda empieza la diversificación del servicio de policía; y en muchas naciones, por ejemplo en Chile, no ha habido hasta los últimos tiempos otro cuerpo de policía rural (*dh*).

Por más importantes que sean los servicios de las rondas, en todos los pueblos llega, por obra del desenvolvimiento social, una época en que ellas no bastan a reprimir la delincuencia. La ronda es un servicio de caballería semimilitar que obrando en cuerpo o a lo más, dividida en piquetes, tiene alguna eficacia en los campos, donde hay que recorrer largos caminos y donde los malhechores andan ordinariamente en gavillas; pero es inadecuada para atender a la vigilancia diurna y nocturna, individual y silenciosa de las poblaciones urbanas. A un servicio esencialmente individual que deja confiadas a la iniciativa y a la discreción de cada guardián la vigilancia y las pesquisas, no conviene un régimen que por su carácter semi-militar,

(*dg*) Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration en France*, t. I, chap. VII, pag. 222.

(*dh*) En mi infancia, allá por los años 1865, vi yo funcionar las rondas al sur del Maule, en los llanos de Arquen, donde mi padre había formado la hacienda llamada Flor del Maule. Todas las noches los hombres en estado de cargar armas venían por turno y a caballo a rondar los caminos hasta las dos o tres de la mañana, mandados por el subdelegado. Es presumible que este servicio de rondas cesara en Chile cuando en Diciembre de 1881 se dictó la ley que instituyó la policía rural.

convierte a los individuos de cada ronda en masas pasivas que no proceden sino bajo las órdenes de un jefe. Acaso mientras los delitos se reducen, como acaece en los pueblos atrasados, a meros y violentos atentados contra la propiedad y las personas, baste una policía semi-militar como la ronda: así lo demuestra la frecuencia con que se comisionan cuerpos de caballería del ejército para perseguir malhechores en los campos. Pero contra los delitos de astucia, de fraude, de estafa, de falsificación, de adulteración y de hurto, no de robo, que son los que predominan en los pueblos más civilizados, se necesita en realidad una policía técnica, esto es, especialmente adiestrada y exclusivamente consagrada a su tarea, auxiliada por peritos, químicos, higienistas, facultativos, alienistas, etc., con sus indispensables laboratorios y gabinetes de estudio. Por otra parte, la extensión y la complejidad que el servicio de policía ha venido adquiriendo de tiempo atrás son tan desmesuradas que ni aun medianamente se podría atenderlo si no se lo encomendara a un cuerpo especial consagrado exclusivamente a prestar estas atenciones.

De todas las instituciones públicas, con la sola excepción de los ayuntamientos municipales, la policía es la que mejor ha reflejado el crecimiento de la órbita de acción del Estado. La legislatura y la justicia no tienen esencialmente en los pueblos civilizados más funciones que en los atrasados; pero el gobierno, que nace exclusivamente para la guerra, y que solo mucho más tarde se encarga también de conservar el orden interno, ha venido extendiendo su jurisdicción a todos los órdenes sociales. Correlativamente la policía, que es uno de los brazos que el gobierno emplea para imponer la observancia de las leyes y decretos, ha venido adquiriendo, como lo hemos demostrado más arriba (§ 81), una complejidad que ha hecho indispensable la creación de un órgano permanente que desempeñe tan múltiples funciones (*d i*)

(*d i*) En España se atribuye a Fernando III el Santo (1217-1246), haber sido el monarca que «para seguridad de los caminos y contra ban-

De las precedentes observaciones se infiere que en la evolución de la policía ha habido cuatro grados:

1º En el primero, la policía se ha concretado a la organización preventiva de la sociedad contra la delincuencia;

---

didos y malhechores instituyó la Hermandad Vieja». Nuñez de Castro. *Corona Góthica*, Parte III, pág. 80. Pero los serenos o celadores nocturnos de Madrid solo se instituyeron en 1797 y 1798.

En Inglaterra se instituyeron por primera vez guardianes del orden, condestables, como empleados independientes bajo el reino de Eduardo III (1327-1377). Estos guardianes, que velaban por la conservación del orden y aprehendían a los delincuentes sin perjuicio de la responsabilidad de las centurias, eran nombrados a los principios por la *Cour leet* o *foncière*, o en subsidio por los jueces de paz. Blackstone, *Commentaires sur les Lois Anglaises*, t. II, pag. 30 et 31.

Gneist. *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 251.

En conformidad con estos antecedentes, una ley de 1831 facultó a los jueces de paz para nombrar condestables especiales en casos de necesidad, y otra de 1839 para instituir cuerpos permanentes de policía; y como esta autorización no surtiese efecto, otra de 1856 la convirtió en obligación. Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grand Bretagne*, t. I, pag. 569.

La policía de Londres se instituyó con carácter independiente solo en 1829 y quedó bajo la mano del ministro del interior porque en aquella época no había en esta metrópoli una autoridad única de carácter local a quien confiarla. En 1888, cuando se unificó la administración de toda la ciudad, su cabildo reclamó la dirección de la policía; pero el gobierno no la largó. Franqueville, ob. cit., t. I, pag. 586.

Gneist, ob. cit., t. IV, pag. 52.

En Francia, había desde la Edad Media, fuera de las rondas, unos cuerpos de policía de seguridad que servían de auxiliares a la justicia criminal, particularmente a los prebostes que la administraban y que presumiblemente habían sido instituídos por efecto de las costumbres, leyes y ordenanzas que hacían responsables a los señores y a los administradores municipales de los desórdenes y delitos que se cometían en sus respectivos territorios. En 1343 se instituyó en París un lugarteniente criminal, que en 1669 se denominó lugarteniente de policía, y que es el antecesor del actual prefecto de policía. En 1389 Carlos VI confió al preboste de París la represión de la delincuencia en todo el reino; en 1493 la corona se atribuyó la facultad de nombrar todos los prebostes; y en cada municipio (*bailliage*) instituyó un cuerpo de 40 gendarmes. Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration en France*, t. I, chap. VII, pag. 220 à 225.

Raisson, *Histoire de la Police en France*, chap. I, pag. 6 à 11.

2º En el segundo, el servicio de prevención de la delincuencia ha corrido a cargo del ejército;

3º En el tercero, se ha instituído el servicio por turno de las rondas; y

4º En el cuarto, se ha instituído un órgano permanente y específico para desempeñar las funciones preventivas.

§ 84. A los principios del coloniaje, como es de regla en los pueblos atrasados, la policía no constituyó en Chile un servicio especial, esto es, no hubo un cuerpo de guardianes instituído solo para prevenir los delitos y aprehender a los delincuentes.

Los pocos centenares de invasores que fundaron las primeras ciudades desempeñaban a la vez el triple papel de población civil, de ejército y de policía. Así, el 8 de Diciembre de 1554, el vecindario de Santiago, convocado a cabildo con motivo de las discordias de los pretendientes al gobierno de la colonia, acordó que cada y cuando los regidores y alcaldes pidieran favor y ayuda en nombre del rey, los vecinos acudieran con sus armas y caballos (*dj*).

Bien pronto, sin embargo, se empezó a formar una población meramente civil que abandonó el servicio de las armas en manos de los que preferían dedicarse por completo a la prosecución de la guerra contra los indígenas. Impúsose esta separación de los elementos civiles y de los militares por la doble circunstancia de requerir igual y permanente atención de un lado la guerra, que tuvo carácter de perpetua, y del otro lado las industrias nacientes, en especial la agricultura.

Desde que en Chile hubo ejército, a él correspondieron las dos misiones propias de la fuerza pública, la de sostener la guerra y la de conservar el orden. Hasta los tiempos del presidente Amat, el ejército era ocupado indistinta y alternativamente en una y otra empresa.

No era que los militares hicieran en los caminos ni en las calles servicio de guardia a manera de los policiales,

(*dj*) *Colección de Historiadores de Chile*, t. I, pág. 453

sino que cuando la criminalidad se incrementaba, dice Barros Arana, los gobernadores hacían salir en persecución de los facinerosos piquetes de milicia o de tropa de línea a cargo de oficiales de confianza (*d l*).

Aquel régimen subsistió hasta después de haber corrido la primera mitad del siglo XVIII. En aquella época, los robos, los salteos y los asesinatos que habían empezado a poco de la fundación de las primeras colonias a impulso sin duda de la reacción de la raza subyugada contra la conquistadora, se habían multiplicado extraordinariamente en Santiago y sus cercanías. Para reprimirlos, el presidente Amat había desplegado la más inexorable energía. En una ocasión había hecho colgar en la plaza pública once cadáveres de otros tantos malhechores que habían sido ultimados el día precedente. Pero tan duros escarmientos eran ineficaces y la criminalidad parecía encontrar en ellos pábulo para incrementarse, sembrando en los hogares la alarma, el desasosiego y el espanto. En tan climatéricas circunstancias, Amat fué llamado desde la frontera por urgentes necesidades del servicio, y teniendo que partir escoltado por las pocas fuerzas que ponían algún atajo a los facinerosos, los vecinos se sintieron sobrecogidos de tan indescriptible pánico, que la real Audiencia se avanzó a implorar del presidente que no dejara indefensa la capital del reino. Entonces Amat organizó, con acuerdo de aquel tribunal y aprobación de la Junta de la Real Hacienda (1758), una compañía de 50 hombres que llamó *Dragones de la Reina*, y que quedó encargada de la custodia del orden. Censurada por la Audiencia de Lima, la creación de aquel cuerpo de policía estuvo a punto de anularse, pero el progresista gobierno de Carlos III la mantuvo en vida, sancionándola con fecha 12 de Octubre de 1760 (*d m*).

Después de 1810, el gobierno patriota, como entonces se calificaba, se preocupó de la organización de la policía

(*d l*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. VII, pág. 471.

(*d m*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. VI, pág. 206 y 207.

desde antes de consumada la independencia; y así vemos que ya el primer Congreso Nacional encargó a la Junta de Gobierno, por oficio fecho el 16 de Septiembre de 1811, que confeccionase un reglamento de policía. Consta que la Junta cumplió el encargo porque el 25 de Octubre siguiente propuso al Congreso un proyecto de reglamento de policía que con algunas modificaciones fué a poco aprobado y sancionado en 14 de Abril de 1813.

Este reglamento de seguridad, vigilancia y policía no creó un cuerpo de guardianes; se limitó a instituir ciertos funcionarios de policía. Instituyó, en primer lugar, un juez de alta policía y puso bajo su dependencia el aseo, la policía y el orden de la Capital, las prisiones, la seguridad y la tranquilidad del vecindario. Dividió la ciudad en cuatro cuarteles, y cada cuartel en ocho, diez o más barrios; puso a la cabeza de cada cuartel un inspector, y a la cabeza de cada barrio un alcalde de barrio. Los alcaldes quedaron bajo la dependencia de los inspectores, y los inspectores bajo la dependencia del juez de alta policía.

Para guardar el orden, estos funcionarios no tenían a su disposición un cuerpo de guardianes, sino que todos los funcionarios públicos, así los civiles como los militares, quedaban obligados a prestarles auxilio. Más aun: todo vecino que no ocurriese al llamado de su alcalde para una pronta prisión, ronda u otra medida extraordinaria de seguridad, podía ser multado a la primera vez hasta con 20 pesos y a la segunda, con destierro. En cuanto a la institución de rondas y serenos, ella se establecería más tarde cuando la experiencia del juez de alta policía lo juzgara conveniente. Por último, todo vecino debía dar noticia al alcalde de barrio, bajo pena de multa, de la llegada a su casa de cualquier huésped que hubiera de permanecer más de un día en ella (*d n*).

¿Cuándo se instituyó por primera vez el cuerpo de guar-

(*d n*) Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. I, págs. 156 a 158.

dianes que funciona hoy en todas las ciudades de la República?

La disposición más antigua que conocemos es el Reglamento provisorio expedido el 14 de Septiembre de 1818 por don Francisco Borja Fontecilla, gobernador-intendente de Santiago, para fijar los deberes de los jueces diputados, funcionarios a quienes él delegó muchas atribuciones judiciales y de policía.

El artículo 10 de aquel Reglamento dispone lo que sigue: « 10. Rondarán (los jueces diputados) con mucha frecuencia los territorios de su diputación; pero si su extensión u otras ocupaciones se lo impidiesen hacerlo con la continuación debida para el lleno de los graves encargos que se le encomiendan, podrán y deberán nombrar otros con el título de tenientes-celadores, para que les ayuden en esta parte, procurando siempre que los haya en corta distancia y que los nombramientos recaigan en sujetos activos, de juicio y conocida conducta ».

Después de este Reglamento, no conocemos ley ni decreto sobre la materia hasta el de 8 de Junio de 1830 que consta de 17 artículos, el primero de los cuales dice: « Artículo 1º Se establece un cuerpo de vigilancia destinado a cuidar durante el día: 1º de la decencia pública que debe guardarse en las calles, y prevención de los crímenes que puedan cometerse en ellas; 2º de la aprehensión de los delicuentes infraganti; 3º del cumplimiento de todas las disposiciones de policía (*d ñ*).

(*d ñ*) Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. XIX, pág. 193.

CAPÍTULO OCTAVO

Génesis de la Justicia

SUMARIO. — § 85. La Justicia. — § 86. La justicia popular. — § 87. Delegación de la justicia popular. — § 88. La justicia oligárquica y la justicia teocrática. — § 89. La justicia monárquica. — § 90. Carácter arbitral y carácter coercitivo de la justicia. — § 91. Orígenes del ministerio público. — § 92. Delegación de la justicia monárquica. — § 93. Orígenes de los tribunales superiores y de alzada. — § 94. Subordinación histórica de la justicia al gobierno. — § 95. El notariado.

§ 85. De los tres Poderes que comparten entre sí la suma total de la autoridad pública, el que más tardíamente nace, se diversifica y entra en funciones es el encargado de la justicia (*a*).

A diferencia de la legislatura y del gobierno, que desde antes de nacer el Estado son representados por las asambleas generales, no hay en los pueblos más atrasados ni el más leve esbozo de función judicial. A virtud de causas que expondremos en seguida, no empieza a nacer la justi-

---

(*a*) La palabra *justicia*, derivada de *jus*, derecho, significa reconocimiento del derecho.

Como bien se comprende, no tratamos de averiguar otros orígenes que los de la justicia pública. En cuanto a la justicia que podríamos llamar doméstica porque actúa exclusivamente sobre consanguíneos, su administración corresponde en todos los pueblos atrasados a los caciques, patriarcas y padres de familia. Así, por ejemplo, aunque a la época de la con-

cia sino en grados relativamente avanzados del desarrollo social, de ordinario cuando ya se ha pasado del salvagismo primitivo a la barbarie propiamente tal y cuando los otros dos Poderes fundamentales han alcanzado ya larga vida.

Las causas del tardío nacimiento de la justicia son muy obvias.

En el orden penal, no puede ella actuar a los principios porque en fuerza de las costumbres establecidas, la represión de la delincuencia se estima ser función privativa de las víctimas y sus consanguíneos (§ 82). Los pueblos más atrasados no ven en el delito el atentado contra el orden moral y jurídico, sino el daño que con él se causa a una o más personas; y bajo la sugestión de este criterio, dejan a cargo exclusivo de los interesados la empresa de obtener indemnización, o en subsidio, la de tomar venganza (*b*).

Algunos autores han creído ver un comienzo embrionario de justicia en una práctica muy general de las tribus salvajes, cual es la de matar públicamente a los culpables de ciertos atentados más o menos graves. En realidad, es presumible, según lo demostraremos más adelante, que la justicia criminal empiece antes que la civil mediante la institución espontánea de los delitos públicos. Pero es el hecho que en las sociedades más atrasadas, cuando una tribu reprime un atentado por medio de la muerte del culpable, no procede a la manera y guisa de un tribunal que castiga un crimen, sino a la manera y guisa de una víctima que se

quista castellana no habían instituido la justicia pública los araucanos, cada cacique era juez de los suyos. Guevara, *Costumbres judiciales y Enseñanza de los araucanos*, pag. 43.

Point des contestations juridiques dans la maison romaine, dice Ihering, la justice n'a rien à y voir; le chef de famille exerce lui-même la justice. La maison romaine avec tout ce qu'elle contient... est un monde fermé dont la conduite et la direction appartienment exclusivement au chef suprême, au *paterfamilias*». Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. II, § 36, pag. 155. Kovalewski, *Droit coutumier Ossetien*, chap. VII, pag. 388.

(*b*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 350.

venga del victimario. En todo caso, se cuentan entre las tribus más salvajes y aun entre las que han llegado al estado de barbarie muchas que jamás se sienten afectadas por delito alguno; y que por lo mismo, jamás sienten la necesidad ni aprecian la utilidad de la justicia pública. Entre los antiguos araucanos, dice Barros Arana, no podían los caciques imponer castigos ni administrar justicia (*c*). El aymará, dice Saavedra, siente recóndito horror a la intervención de la justicia moderna y en el *Ayllu* moderno, los delitos de sangre dan lugar solamente a la composición (*d*). Lo mismo certifica Lubbock, respecto de los caribes y de ciertos indígenas de Norte América (*e*); y según D'Arbois de Jubainville, el derecho céltico nunca hace intervenir al magistrado en la represión y castigo del asesinato (*f*).

Con mayor razón huelga la justicia en el orden civil. Cuando todavía se vive bajo el régimen primitivo de la comunidad universal; cuando si ya se conoce la propiedad individual, no comprende ella más que unos pocos objetos que cada cual fabrica y lleva consigo; cuando aun no hay comercio ni se contrata (*g*), es punto menos que imposible el que sobrevengan contiendas jurídicas.

Con referencia a los indígenas del Río de la Plata, observa Bunge que por causa del estado rudimentario de su industria, no tenían riquezas; que en rigor no poseían otras que sus armas, utensilios y presas, y que por lo mismo,

(*c*) Barros Arana, *Historia de Chile*, t. I, Parte primera, cap. IV, § 3, y nota 30.

(*d*) Saavedra, *El Ayllu*, pág. 138.

(*e*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, chap. X, pag. 459.

(*f*) D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit Celtique*, t. I, pag. 181.

Sobre la justicia privada en los tiempos primitivos de Roma, véase Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 11.

(*g*) Sería engolfarnos en el estudio de materias extrañas a esta obra el ponernos a demostrar aquí el tardío nacimiento de los contratos. Si las fuerzas y la vida no nos fallan, estudiaremos este punto con gran copia de datos en otra obra.

no necesitaban jueces (*h*); y con referencia a los súbditos del Imperio Incásico, dice Garcilaso de la Vega, que « pocos casos civiles se les ofrecían sobre que pleytear » (*i*).

Innumerables observaciones hechas por los etnógrafos contemporáneos y por los historiadores de la Antigüedad corroboran el mismo hecho, o sea que en los pueblos más atrasados, no se conoce la contienda propiamente civil.

Lubbock dice que cuando Cook visitó la isla de Tahiti, los naturales no tenían leyes ni tribunales y apenas se curaban de la seguridad personal y de los derechos de la propiedad privada (*j*); y Dareste dice de los osetas del Cáucaso que no teniendo como no tenían ni industria ni comercio, contrataban poco y que por lo mismo, no había en su organización ni jueces ni fallos judiciales (*k*).

Hechos análogos encontramos acreditados en las obras de la Antigüedad clásica.

De los andrófagos, vecinos de los escitas, dice Heródoto, que eran los más fieros de los hombres no teniendo para regirse ni leyes ni tribunales; y de los habitantes de Musicàn, dice Strabon, que no formaban procesos sino por causa de asesinato y de violencia en atención a que no está en la mano de nadie evitar estos atentados, y por lo tocante al orden civil, que no había jueces porque siendo incumbencia de cada cual mirar con quien contrata, no corresponde al Estado garantir la fe de las convenciones y negocios (*l*).

Hay más aún: si el aparecimiento de la justicia civil no se retardase sino por efecto de la sola causa que hasta

(*h*) Bunge. *Historia del Derecho Argentino*. t. I, pag. 100. Más o menos lo mismo acredita Porto Seguro de los indígenas del Brasil. Porto Seguro, *Historia Geral do Brazil*. t. I, cap. IV, pag. 47.

(i) Garcilaso de la Vega. *Comentarios reales de los Incas*. lib. II, cap. XIII pág. 50.

(*j*) Lubbock. *L'Homme Prehistorique*. chap. XIII, pag. 441.

(*k*) Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*. pag. 141 et 151.

(*l*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*. t. I, lib. IV, cap. CVI, pág. 439.

Strabon. *Géographie*. t. III, liv. XV, pag. 229.

aquí hemos enunciado, cual es, la falta de contiendas jurídicas que decidir, claro es que en el desarrollo de los Estados primitivos la veríamos aparecer al punto de sobrevenir las primeras contensiones. Pero no ocurren así las cosas. Por qué? porque en todos los pueblos atrasados las contiendas civiles degeneran espontáneamente en contiendas criminales y o se zanjan a mano armada por los mismos interesados, o caen bajo la jurisdicción de la justicia penal.

Con referencia a los charrúas, dice Azara, que « las partes interesadas componían por sí solas las diferencias particulares que solían ocurrir, y cuando no se avenían buenamente, se acometían a puñadas » (*ll*). Pues bien, no hay en semejante práctica nada de anómalo. Fatalmente, en todos los tiempos y en todos los países, los hombres propenden a resolver sus diferencias a viva fuerza cuando no hay justicia que les mantenga en paz.

Desgraciadamente, es efecto de la misma práctica el que se retarde por largo tiempo el establecimiento de la justicia civil porque no se puede sentir la necesidad de instituirla mientras se crea que las violaciones de los contratos, asimiladas a los delitos, corresponden a la competencia de la justicia penal.

Pruebas de que en los pueblos atrasados no se distingue lo civil de lo criminal las hay numerosas en los códigos más antiguos. Según Dareste, en la legislación brahmánica, se estimaba delito la inejecución de las obligaciones; en el Código de Manú se hacía reo de robo el que no devolvía la cosa recibida en depósito o en préstamo; y en el derecho de Israel, no se distinguía la acción que tenía por objeto reivindicar la propiedad de la que tenía por objeto obtener indemnización por un delito (*m*).

(*ll*) Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, t. I, cap. X, pág. 156.

(*m*) En Israel, « les actions instituées pour garantir le droit de propriété, dit Dareste, se produisent sous la forme de poursuites en réparation d'un delit ». Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, pag. 27.

Dans les anciens codes brahmaniques « l'inexécution des obligation est

Nadie ignora que en la mayor parte de aquellos pueblos donde la vida de los contratos ha cobrado ya algún desarrollo, la insolvencia del deudor trae consigo ora su esclavitud, ora su prisión; y si advertimos que es la responsabilidad penal la que afecta a las personas y que la responsabilidad civil no debe afectar sino a las cosas, tenemos que llegar a esta conclusión: la esclavitud y la prisión del deudor no se pueden autorizar sino donde y cuando se confunde la inobservancia de las obligaciones con la infracción de las leyes criminales. Supuesto este criterio ¿qué necesidad hay de la justicia civil? ¿Para qué serviría instituirla?

Acredita Dionisio de Halicarnaso, fiel depositario de las tradiciones romanas, que por primera vez se instituyeron en Roma jueces civiles bajo el reinado de Servio Tulio, esto es, hacia una época en que la justicia penal contaba ya siglos de existencia (*n*). En perfecta concordancia con este testimonio tradicional, los datos de la etnografía general prueban que la justicia civil se instituye muy tardíamente porque durante largos periodos de tiempo, el conocimiento de las contiendas jurídicas, asimiladas a las contiendas criminales, se defiere a la justicia penal.

§ 86. Sabida cosa es que durante los siglos medios, los reyes de las principales naciones europeas administraban

considerée comme un delit. Le dépositaire infidèle est puni comme voleur et en général, celui qui ne donne pas ce qu'il a promis est contraint de s'exécuter et paye, en outre, une amende de 250 *panas*. Si un contrat de lonage d'ouvrage vient à être rompu... les partie en faute paye à l'autre une somme egale au salaire stipulé et en outre, 100 *panas*, d'amende au roi. Celui qui après avoir hypothéqué un bien confère sur ce même bien une hypotheque à un second créancier, sans avoir désinteressé le premier, est condamné, suivant la valeur du bien, au fouet, a la prison ou à l'amende». Dareste, ob. cit., pag. 79.

Dans le Code de Manú, «le second titre est celui du dépôt: ce qui comprend dans les idées des Hindous, le prêt à usage. Dans tous les cas, le refus de restituer est assimilé au vol et puni des mêmes peines». Dareste, ob. cit., pag. 84.

(*n*) Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, t. III, pag. 65. Ihering, *L'esprit du Droit Romain*, t. II, § 28, pag. 21.

justicia personalmente como si fuese función anexa a la corona; que más tarde delegaron la administración judicial en manos de sus áulicos, y que no obstante aquella delegación, se reservaron en principio la doble facultad de reasumir el ejercicio personal de las funciones y de rever los fallos que en su nombre se dictaran.

Por obra de estos antecedentes históricos, que siendo los más inmediatos, habían de hacer mayor impresión, se ha creído que en el fondo no es la justicia más que una derivación y rama del gobierno, y que no puede ni nacer desligada de esta subordinación, ni aspirar a una existencia independiente.

En contra de esta doctrina, la historia y la etnografía han llegado posteriormente a enseñarnos que si el desenvolvimiento político de las sociedades no hubiese sido de continuo alterado por causas perturbadoras, la justicia no se habría instituído por delegación de los gobiernos sino de los pueblos.

En efecto, tanto la historia como la etnografía manifiestan que en el Estado nunca se crea inmediatamente un órgano nuevo para cada nueva función porque mientras no alcanza ella cierto grado de importancia, se la mantiene vinculada a uno u otro de los órganos preexistentes. Sujeta a estas condiciones se desarrolla la justicia.

Cuando la justicia empieza a nacer, fatalmente aparece como función anexa o del Poder Legislativo o del gobierno: del Poder Legislativo donde las Asambleas generales conservan su primitiva preponderancia; del gobierno donde las autocracias militares han logrado, por efecto de necesidades transitorias, sobreponerse a los pueblos y acaparar la suma total de las funciones públicas.

Que en las sociedades atrasadas la justicia propende a nacer como función de las asambleas generales es una proposición que está afianzada por innumerables hechos de la historia y de la etnografía.

Entre los indígenas de Australia, según Delessert, las Asambleas generales castigan los delitos que se someten a su fallo; y según Rienzi, en las Islas de Nasau, «la Asam-

blea de todos los habitantes de cada aldea es la que juzga las contiendas y castiga los delitos» (*ñ*).

No de otra manera se administra la justicia entre los hotentotes, porque las asambleas compuestas de todos los hombres válidos del *kraal* y presididas por el respectivo cacique fallan todas las cuestiones a pluralidad de votos. Generalizando, dice Cureau, que en todas las tribus del África ecuatorial no hay más juez de instrucción, ni más ministerio público, ni más tribunal que la muchedumbre (*o*).

Veamos ahora como se administraba la justicia en los pueblos bárbaros o semi-civilizados que aparecieron en los pasados siglos.

Tácito atestigua que entre los germanos era lícito entablar querellas y causas criminales ante las asambleas generales (*p*); y una práctica análoga parecen haber tenido los bárbaros invasores. Así en la monarquía franca la justicia era administrada por cortes (*placitum. mallum*), compues-

---

(*ñ*) Rienzi, *La Oceania*, t. I, pág. 135.
Delessert, *Voyage dans les deux Oceans*, pag. 143.

(*o*) Por de contado, donde las asambleas se componen solo de ancianos, a ellos solos corresponde la potestad judicial. Livingstone refiere que cerca del valle de Mehambué, habiéndose cometido un hurto, «los ancianos del caserío se reunieron y condenaron al culpable a pagar el cuádruplo del valor hurtado». Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 32.
Cureau, *Les Societes Primitives de l'Afrique equatoriale*, pag. 398.
Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 523.

(*p*) Tácito, *Germania*, XII.
En la parte final del capítulo XII de su *Germania*, dice Tácito, que en las mismas asambleas generales se elegían jefes que administrasen justicia, asesorados por cien colegas (*comites*) sacados del pueblo. Fundado en este dato y sin tener la menor cuenta del comienzo del mismo capítulo, Fustel de Coulanges, niega que entre los germanos se administrase justicia por el pueblo entero, contradiciendo una vez más a la cuasi totalidad de los historiadores. Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques Problèmes d'Histoire*, pag. 361 à 371. Pero si las asambleas podían entender en las causas criminales (*licet apud concilium accusare quoque et discrimen capitis intendere*) y si ordinariamente los jueces se asesoraban con cien colegas sacados del pueblo, no es dudoso que la justicia se administrase popularmente.

tas de todos los hombres libres del condado, de la centuria o de la decuria y presididas respectivamente por el conde, el centurión o el decurión (*q*).

Más aun: como lo han observado los historiadores de las instituciones medioevales, en las asambleas de los francos así como en las de los anglo-sajones, así como en los comicios de Roma, no solo se administraba justicia sino que también se desempeñaban ciertos servicios anexos y conexos, en especial el del notariado. Sea que se requiriese su consentimiento, sea que bastase su simple testimonio, ante ellas se perfeccionaban ciertos contratos, en especial los de compra-venta de inmuebles; y las donaciones de bienes raíces, los testamentos, las emancipaciones y otros actos jurídicos se tenían que celebrar ante ellas para que adquiriesen la publicidad y la autenticidad que en los Estados cultos les dan los notarios (*r*).

(*q*) Respecto de los visigodos, dice Hinojosa, que «no consta que el *Conventus publicus vicinorum* tuviera atribuciones judiciales». Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 8. Pero más adelante observa que «la palabra *concilium* se usa en los diplomas, a contar desde el siglo X, para designar el conjunto de los hombres libres de un mismo territorio y a *la asamblea judicial constituída por ellos*... ¿Cuál es el origen de esta institución, de que no se halla vestigio alguno en las fuentes del período visigótico? Descartada por inverosímil, la hipótesis de que se la tomara de los francos... habremos de admitir que fué traída a España por los visigodos y que como tantas otras instituciones germánicas, subsistió entre ellos a pesar de las tentativas de romanización consignadas en el Fuero Juzgo». Hinojosa, ob. cit., págs. 18 y 19.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 45 et 75.

Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 389.

Fustel de Coulanges, que en todos los puntos fundamentales sobre los orígenes de las instituciones de Francia, contradice a todos los historiadores, niega que entre los francos tuviese el pueblo intervención en la justicia; pero de los textos antiguos en que funda su negativa se infiere precisamente lo contrario, esto es, que para administrar la justicia se convocaban las asambleas generales. Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. XIII.

(*r*) Guizot, *Histoire du Gouvernement Répresentatif*, t. I, IVe leçon, pag. 65, et XVIII leçon, pag. 240.

Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 22.

En la Irlanda céltica, según D'Arbois de Jubainville, el Poder Judicial y el Poder Legislativo no constituían dos órganos diferentes del Estado porque las funciones de uno y otro estaban a cargo de las Asambleas generales, presididas por los reyes. Cuando se reunía para hacer leyes o tratados, la Asamblea se denominaba *conghail*; cuando para administrar justicia, *dàl* o *airecht*; pero en uno y otro caso, se componía de todos los hombres válidos (*rr*).

En la Heptarquía anglo-sajona, las famosas juntas nacionales conocidas con el nombre de *Witenagemote*, entendían no solo en los asuntos políticos, militares y eclesiásticos, sino también en los judiciales de mayor importancia. Por lo tocante a la justicia inferior, estaba a cargo de las asambleas de condado, que se reunían dos veces al año, o de las de centuria, que se reunían mensualmente. La conquista normanda no las despojó de la función judicial, habiéndole bastado, según parece, que la ejercieran en nombre del rey. Merced a esta discreta política, Inglaterra es, entre las grandes naciones civilizadas, la única donde las actuales cortes de justicia vienen directamente de las primitivas asambleas populares (*s*).

Prácticas semejantes encontramos en otros pueblos europeos de la Edad Media. Entre los daneses, la justicia era administrada por tribunales populares, el *Land-Ting* en cada provincia, y el *Herreds-Ting* en los cantones; y en Suecia, según Dareste, la base de la organización judicial era el *ting*, esto es, la asamblea del pueblo presidida en la provincia por el *laghman*, y en la centuria por el centurion. Anotemos, por último, que los primitivos polacos y

(*rr*) D'Arbois de Jubainville, *Le Senchus Mor*, pag. 77, 97 et 102. D'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le Droit Celtique*, t. I, pag. 77 et 293.

Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. II, pag. 37.

(*s*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 46 a 48, et 78 a 78.

Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. I, chap. V, pag. 174.

los slavos seguían la misma costumbre de administrar la justicia en asambleas populares (*t*).

En la Antigüedad clásica, a lo menos desde los comienzos de la historia, inmediatamente después de los siglos tradicionales, la justicia aparece administrada por los pueblos en todos los Estados democráticos.

Con referencia a Roma, Cicerón y Dionisio de Halicarnaso, dicen que bajo la monarquía, la justicia fué prerrogativa de los reyes; y ya veremos que en fuerza de causas políticas muy conocidas, aquel régimen era el más adecuado al estado de guerra permanente en que por entonces se vivía. Pero aunque sea mucha verdad lo que ambos autores afirman, nos atrevemos a pensar, afianzados por Ihering, que no tuvo razón Mommsen cuando dijo que en la historia tradicional de Roma no hay vestigio alguno de justicia popular, pues la antigua tradición del juicio de Horacio prueba que en los tiempos históricos se conservaba recuerdo de la primitiva intervención del pueblo en las causas criminales (*u*).

No podía el rey administrar la justicia sino en presencia del pueblo entero, y tanto esta circunstancia cuanto la *provocatio* son claros indicios de que la asamblea general nunca fué completamente despojada de la potestad judicial. Cuando veamos, dice Ihering, que en la época de la República el pueblo ejerce la justicia suprema, no creamos que solo entonces obtuvo tal prerrogativa; lo que debemos creer es que solo entonces recuperó por completo su ejer-

(*t*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 523.

Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 302, 303 et 316.

(*u*) Tito Livio, *Décadas*, t. I, lib. I, pág. 45.

Cicerón, *De la République*, t. II, liv. V, § II, pag. 152.

Denys d'Halicarnase, *Les Antiquités Romaines*, t. II, chap. V, pag. 29.

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. I, liv. I, chap. XI, pag. 186.

Maynz, *Esquisse historique du Droit criminel de l'Ancienne Rome*, pag. 2, 13 à 16.

Maynz, *Cours de Droit Romain*, t. I, § 35.

cicio, que en parte le había sido usurpado por la reyecía (v).

Sea de esto lo que sea, podemos observar con Sumner Maine, que la historia auténtica del derecho penal empieza en Roma con los *judicia populi*, con los juicios populares (w), y cuando más tarde las leyes Valerias establecieron el recurso de apelación contra toda sentencia para ante el pueblo, muy a las claras se dejó entender que en tiempos pasados, había sido prerrogativa suya la administración de justicia, porque según veremos, la apelación nace originariamente de la práctica que se adopta de ocurrir ante el juez que administra la justicia de propia autoridad por vía de queja contra los fallos dictados por los jueces delegatarios (x).

De manera muy semejante se desarrolló la justicia en Atenas. Según Plutarco, el pueblo ateniense no habría empezado a desempeñar funciones judiciales sino desde los tiempos de Solón, y debería a este legislador tan soberana prerrogativa. Pero la tradición de Hypermnestra parece acreditar un hecho muy diferente porque cuando esta mujer se negó en la noche de sus bodas a perpetrar el asesinato de su marido, la acusación se entabló ante la asamblea del pueblo presidida por el rey, el cual si tenía la prerrogativa de opinar antes que otro alguno, no podía

---

(v) Ihering, *Esprit du Droit Romain*. t. I, § 18, pag. 216, et § 20, pag. 258.

Mommsen, *Derecho Penal Romano*. t. I, lib. II, cap. III, pág. 162.

(w) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 361

(x) Hacia los principios del siglo XVII, los regidores de los cabildos municipales ejercían la facultad de conocer en grado de apelación de las causas que los corregidores fallaban en primera instancia; y para explicar esta jurisdicción de alzada, observa Bovadilla, que según refiere Tito Livio, «en los tiempos de los antiguos romanos se usaba, por la ley que hizo Publícola, que de los magistrados se apelase para ante el pueblo; y Bartulo y otros muchos dicen que faltando en una ciudad o pueblo o juez de apelación, se ha de apelar ante el Senado y Congregación de Decuriones, que hoy son los Regidores». Bovadilla, *Política para Corregidores*, t. II, lib. III, cap. VIII, pág. 195.

ejercer por sí solo la jurisdicción. En tiempos posteriores, bajo la dominación de los eupatritas, se establecieron los dos famosos tribunales del Archontado y del Areópago; pero cuando el espíritu democrático reaccionó contra ellos, la Constitución de Solón, como queda dicho, estableció el recurso de apelación contra sus fallos para ante la *Heliaia*, nombre que tomaba la asamblea del pueblo cuando administraba justicia (*y*). Cuando Atenas se encontraba en el período de mayor esplendor, estaba el pueblo tan connaturalizado con el ejercicio de la función judicial que para Aristóteles la prerrogativa más característica del ciudadano era la de administrar justicia como miembro de la asamblea general (*z*).

Por último, en Israel aun bajo el pleno imperio de la legislación mosaica y de su organización judiciaria, correspondía al pueblo el juzgamiento y represión de ciertos crímenes, tales como el robo sacrílego, la cohabitación con mujer idólatra y la blasfemia contra Jehová (*a a*).

(*y*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 361.

Aristóteles, *La République Athénienne*, § 9.

En realidad, la Heliaia o tribunal popular era algo diferente de la Asamblea general. Mientras la Asamblea se componía de todos los ciudadanos en estado de cargar armas, la Heliaia se componía de solo 6000, elegidos anualmente por el archonta epónimo de entre los que habían cumplido 30 años, a razón de 600 por cada tribu. Con estos 6000 ciudadanos se componía en cada caso el tribunal correspondiente, el cual a veces no constaba de más de 200 individuos, pero que también podía constar de los 6000 sorteados. Perrot, *El Derecho Público de Atenas*, páginas 196, 203, 206 y 207.

Goguet, *Origines des Lois*, etc., t. III, liv. I, chap. IV, pag. 103 et 107.

Plutarque, *Vies des Hommes Illustres: Solon*, t. I, pag. 203.

(*z*) Grote observa que la palabra *thesmoi* significa a la vez *ley* y *sentencia*, porque estando un solo Poder a cargo de las funciones legislativas y judiciales, no se las distinguía, y en realidad no había para qué distinguirlas. Grote, *Histoire de la Grèce*, t. IV, pag. 118 et 119.

Aristóteles, *La Politique*, liv. III, chap. I, § 4 et 5.

(*a a*) Thonissen, *Droit Criminel des Peuples Anciens*, t. II, liv. III, chap. II, pag. 20.

En nuestro dictamen, dos son las causas que en algunos países vinculan al pueblo las funciones judiciales. Es la primera la que ya hemos insinuado, a saber, que cuando la justicia pública empieza a nacer tiene que aparecer como función de las asambleas generales porque ni requiere, dado su primitivo carácter ocasional, órgano específico que la desempeñe, ni existe otro Poder con bastante autoridad para asumir las funciones judiciales.

Aun cuando esta causa baste por sí sola a vincular dichas funciones al pueblo, hay otra que actúa con peso quizá más decisivo.

Según hemos observado más arriba, en los pueblos más atrasados no interviene la justicia en la represión de la delincuencia, y ahora agregaremos que cuando empieza a intervenir, no lo hace en interés y en substitución de los particulares ni para abrogar el derecho y el deber de la venganza; lo hace en interés y en representación de la sociedad entera. En otros términos, siempre que un crimen afecta solo a individuos particulares, por horrendo que sea, la justicia pública no se mueve ni se conmueve, inspirada por la idea de que la reparación incumbe exclusivamente a las víctimas y sus consanguíneos. La justicia naciente no encuentra justificada su intervención por lo común sino cuando los crímenes afectan al pueblo entero, como son los casos de traición, de adoración de dioses extraños, hurto de cosas sagradas o públicas, etc., etc. Pues bien, en tales casos, no cabe que la justicia sea hecha por otra entidad que el pueblo. Si es regla general de las sociedades atrasadas la que atribuye a las víctimas los derechos de reparación y de venganza, al pueblo ha de corresponder ejercitarlos cuando a él se infiere el daño. Cuando la sociedad romana comprendió que se la ofendía, observa Sumner Maine, la analogía de esta ofensa con la que se infería a los particulares se llevó hasta sus últimas consecuencias, y el Estado procedió contra el ofensor a la manera de una víctima cualquiera que toma venganza contra su victimario. De aquí resultó que a los principios de la República, todo crimen que afectaba gravemente su seguridad o sus intere-

ses se castigaba por medio de una ley privada o *privilegium* (*a b*).

La misma observación se aplica a la justicia popular de Grecia. En su alegato contra Midias, manifiesta Demóstenes que a los tribunales ordinarios correspondía juzgar las ofensas inferidas a los particulares; pero que habiendo él sido golpeado en su calidad de chorega, cuando desempeñaba funciones públicas, era el pueblo el llamado a fallar la causa entablada contra el ofensor (*a c*).

§ 87. Mientras la población está reducida a una sola comunidad, el desempeño de las funciones judiciales no se resiente de la falta de un órgano especial, tanto porque las asambleas generales se reunen con suma frecuencia cuanto porque son muy raros los casos en que tiene que actuar la justicia públlca. Pero a la larga, estas prácticas, que hacen las veces de organización judicial, no bastan, porque por obra del crecimiento de la población, de la adopción de la agricultura y del establecimiento del comercio, las contensiones se multiplican y la justicia extiende su jurisdicción al mismo tiempo que se dificulta la reunión de las asambleas generales. En tales condiciones, se impone la diversificación de los órganos judiciales.

Se dice, observa Sumner Maine, que el origen de los tribunales que al presente existen en algunos Estados, por ejemplo, en Escocia, se remonta a unas comisiones que la legislatura nombraba antiguamente para que la subrogasen en el desempeño de las funciones judiciales (*a d*). Es lo que se hacía en la antigua Germania porque aun cuando la asamblea general pudiera conocer sin duda de todos los asuntos judiciales, era de práctica que nombrase jueces, para que durante su receso administrasen la justicia, asesorados en cada cantón por cien varones (*a e*).

(*a b*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 352.

(*a c*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. VI, pag. 171, 175 et 176.

(*a d*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X.

(*a e*) Tácito, *Germania*, XII.

De análoga manera parecen haberse diversificado los órganos judiciales en el Imperio Azteca. Según Torquemada, todas las causas se discutían allí ante tribunales permanentes que una vez terminada la discusión, las fallaban; pero el carácter de simples delegaciones que ellos tenían lo prueba el hecho de que eran falladas por el pueblo aquellas que estaban pendientes en los días de reunión de las asambleas generales (*a f*).

El mismo proceso evolutivo tuvo la administración judicial en Roma. Desde tiempos muy remotos, acostumbraron los comicios a nombrar unas *quaestiones*, que como su nombre lo deja adivinar (de *quaero, quaerere, quaesitum,* buscar), no fueron encargadas a los principios sino de las indagaciones y de la instrucción de los procesos, pero que a la larga se convirtieron en verdaderos jurados premunidos de jurisdicción para administrar la justicia criminal. Cada *quaestio* no tenía competencia sino para juzgar una clase de delitos, y en respeto a este principio, solían funcionar simultáneamente 20 o 30 *quaestiones*. A los principios se las nombraba accidentalmente, cuando ocurría el caso que era menester juzgar; más tarde se adoptó la práctica de nombrar algunas periódicamente; una ley del año 419 antes de J. C. estableció una permanente para residenciar a los gobernadores; y posteriormente se establecieron otras con otros objetos. De esta tardía institución de las *quaestiones* perpetuas, resultó un hecho singular que ha llamado la atención de los romanistas y que durante siglos se tuvo por inexplicable, cual es, su falta de competencia para imponer la pena capital a los ciudadanos. La explicación es obvia: en Roma no podían imponer la pena de muerte sino los comicios de centurias, y habiendo sido establecidas las *quaestiones* perpetuas por los comicios de tribus a los fines de la República, cuando ya no se reunían los de centurias, quedaron sin competencia para imponer dicha pena (*a g*).

(*a f*) Torquemada. *Monarquía Indiana*, t. I, lib. II, cap. LIII.

(*a g*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap X, pag 360 a 369

De esta manera, o sea de una manera muy paulatina e insensible, se efectuó en la administración judicial de Roma aquella trascendental evolución. Después de haber visto las asambleas primitivas juzgando todos los delitos públicos, llegó una época en que el pueblo, como si se hubiese desinteresado del ejercicio de la potestad punitiva, empezó a delegarla en manos de las *quaestiones*, sin perjuicio de avocarse el consentimiento de los casos más graves. Así mismo, cuando los hombres libres de las tribus teutónicas se reunían para dictar leyes, a la vez ejercían la jurisdicción criminal, pero solo para castigar los delitos más graves o para juzgar a delincuentes de alta categoría. Para conocer en los demás procesos, se instituían jueces que eran como delegatarios de las asambleas generales (*a h*).

Donde quiera que sea dable estudiar paso a paso esta evolución, se encuentra que son unas mismas las causas que imponen la delegación de la administración judicial: el aumento de la población y del territorio, que impide la frecuente reunión de las asambleas; el creciente desarrollo de la industria y del comercio, que avivando el interés, multiplica las contensiones; la complicación del derecho procesal, que inhabilita a la mayor parte de los ciudadanos para fallar en conciencia. En grados determinados de la cultura jurídica, esta última causa impone con carácter de imprescindible la necesidad de instituir jueces especiales y permanentes que se dediquen a estudiar las leyes y la jurisprudencia y hagan de las funciones judiciales una profesión exclusiva.

Por efecto de estas causas, hay una nación que se cuenta entre las más grandes y más cultas de la tierra donde la

---

Mommsen, *Histoire Romaine*, t. IV, pag. 172.

Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. I. lib. II, cap. V.

Faustin-Hélie, *Histoire et théorie de la Procédure criminelle*, § 12 et 13.

Maynz, *Cours de Droit Romain*, t. I, § 35.

(*a h*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 352.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 110, V.

justicia penal es administrada hoy por delegaciones directas del pueblo mismo: tal es Inglaterra. En efecto, nunca fueron suprimidas ni se extinguieron en la historia judicial de este reino aquellas asambleas generales que bajo la dominación sajona, desempeñaron todas las funciones públicas y entre ellas las judiciales; y al contrario, después de la conquista normanda quedaron subsistentes, si bien reducidas a administrar justicia. Yo no creo, dice Sumner Maine, que razonablemente se pueda poner en duda que la filiación legítima de la *Cour-leet*, de la *Cour-Baron* y de la *Cour-coutumière*, tribunales judiciales de Inglaterra, los hace remontar a la asamblea primitiva del *township*, porque además de la vasta jurisdicción civil y criminal que ejercen, han ejercido también durante mucho tiempo funciones administrativas y reguladoras que por su naturaleza, no son propias de los tribunales y dejan suponer que en un tiempo estaban investidos de facultades legislativas (*a i*).

§ 88. El desarrollo que en los dos parágrafos precedentes hemos expuesto es el que en todas partes tendría sin duda la administración de justicia si causas extrañas no lo alterasen y modificasen más o menos profundamente.

Pero en la ciencia de las instituciones, como en todas las ciencias superiores, las causas modificatrices son tantas y tan eficientes que muy a menudo, bajo de su influjo, lo normal no se efectúa sino por excepción, y lo anormal aparenta el carácter de lo regular y ordinario. Esta observación está corroborada en el estudio de la génesis de la justicia porque la diversificación más regular de este órgano del Estado no ha sido en manera alguna la más general.

Ora a causa del tardío nacimiento de la justicia, ora a causa de la negligencia de las asambleas generales para desempeñar la función judicial, en la mayor parte de los pueblos hoy civilizados ha ocurrido que en un momento

(a i) Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du Droit*. V. pag. 183 a 184.

de su historia primitiva, fatalmente ha pasado este Poder a manos de entidades que de antemano habían adquirido cierta preponderancia social y política. De aquí viene que, concretándonos al núcleo de las naciones más adelantadas, solo por excepción encontramos que los orígenes de las actuales administraciones judiciales remonten a las asambleas generales porque desde la más remota Antigüedad, la justicia ha sido fundada principalmente o por la teocracía, o por la oligarquía, o por la autocracía.

Normalmente no hay necesidad de emplear la fuerza para transferir las funciones judiciales de manos del pueblo a las de la oligarquía. Las mismas causas sociales que de manera insensible transfieren a los senados y cuerpos aristocráticos la preponderancia que primitivamente corresponde a las asambleas generales les transfieren también el ejercicio de las funciones públicas. Si los ciudadanos no pueden reunirse para legislar, tampoco lo pueden para juzgar. Sea por negligencia o poltronería, sea por la atención que los negocios particulares exijan, sea por falta de civismo, ellos se muestran más y más reacios para concurrir a deliberaciones que de ordinario versan sobre asuntos de mínima cuantía y más y más firmes en el propósito de no molestarse sino para tratar asuntos de alguna gravedad e importancia. De aquí proviene que la jurisdicción de las asambleas generales, conservándose intacta en derecho, de hecho se empieza a reducir y transferir, a menos que se evite la transferencia por medio de las delegaciones.

Por causa de la negligencia de las asambleas generales para reunirse durante los siglos medios, vemos surgir en muchas ciudades cuerpos oligárquicos. Un senado aristocrático era el que, a falta de dichas asambleas, legislaba y administraba justicia en Lieja (*a j*); y el célebre Consejo de los Diez de Venecia, dictadura que asumió todo el Poder Público, presumiblemente se levantó cuando el pueblo renunció al ejercicio de la soberanía.

(*a j*) Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*. t. II, pag. 367.

En Inglaterra, desde los tiempos de la dominación sajona, los pequeños propietarios dejaron de asistir con regularidad a las asambleas locales, que desempeñaban las veces de tribunales de condado; y por lo mismo, no podían conocer ni la jurisprudencia que se iba estableciendo, ni el espíritu de las leyes. De aquí provino que sin violencias ni resistencias, la administración judicial se empezó a concentrar en manos de los grandes propietarios (*a l*).

Posteriormente, en la primera época de la conquista normanda, observa Guizot, «los Poderes Legislativo y Judiciario no estaban separados, sino que ambos eran ejercidos por la Asamblea de los Grandes, como antes lo habían sido por el *Wittenagemot* sajón» (*a ll*).

Quizá en fuerza de causas análogas vemos en la Antigüedad al Areópago de Atenas, al Senado de Esparta, al de Roma y a otros cuerpos oligárquicos compartir con los pueblos la prerrogativa de la administración judiciaria (*a m*).

En todos estos casos, la jurisdicción ha pasado de manos de las asambleas generales a las de tales o cuales cuerpos oligárquicos.

En otros, no parece haber habido trasferencia. Según lo hemos manifestado más arriba (§ 52), hay muchas tribus y aun pueblos donde las asambleas no se componen de todos los hombres adultos válidos sino exclusivamente

(*a l*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 47 et 48.

(*a ll*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, t. II, leçon IV, pag.

Acerca de este alto tribunal anglo-sajón, dice Gneist: «Il y a des renseignements sur 147 *witenagemotes* de l'année 698 à 1066. Le nom de *witenagemote* est plutôt conventionnel. Originellement et légalement elles s'appelaient, comme toutes les réunions judiciaires, *gemotes*, *commune concilium*, *curia magna*, *assisa generalis*, *placitum universi populi*, etc. L'unité que nous appelons aujourd'hui l'État, s'appelle on moyen âge peuple, nation (rélativement Église): c'est le peuple, la nation entière, par opposition aux communes particulières.» Gneist, *La Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 81 et 183.

(*a m*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 524, pag. 660.

de los jefes, de los caciques, de los patriarcas, de los ancianos. En todos estos pueblos y tribus, la jurisdicción no corresponde a todos los ciudadanos, sino a aquella porción selecta que tiene derecho de concurrir a las asambleas.

Entre los indígenas de la margen oriental del Diampué, en África, los jefes de los villorrios circunvecinos son de continuo citados en calidad de jueces para fallar causas judiciales (*a n*); y en Suna, los wamiris respetan los fallos que los jefes de familia dictan en las cuestiones civiles (*a ñ*). Igualmente en las Filipinas, cuando llegaron allá los españoles, las cuestiones contenciosas eran falladas por un Consejo compuesto de un jefe y de algunos ancianos (*a o*).

Para que se comprenda bien la espontaneidad del desarrollo político, debemos insistir en una observación precedente, cual es, que los cuerpos oligárquicos no necesitan de la fuerza para despojar de la función judicial a las asambleas generales.

Toda fuerza social propende fatalmente a actuar como fuerza política, esto es, a ejercer una parte más o menos considerable del Poder Público; y cuando por efecto de una u otra causa, se ha hecho preponderante la oligarquía, sin emplear la violencia, puede tomar a su cargo, con solo extender la mano, las funciones que más le acomoden. Si un pueblo no quiere molestarse administrando la justicia ¿por qué se opondría a que aquellos ciudadanos que gozan de prestigio y autoridad moral se encarguen espontáneamente de reprimir la delincuencia y de poner paz entre los ciudadanos?

A virtud del mismo principio, cuando la preponderancia no corresponde a la oligarquía, no son los cuerpos oligárquicos los que se encargan de las funciones judiciales; y más determinadamente, cuando corresponde a la teocracia, la justicia es prerrogativa de los cuerpos sacerdotales.

(*a n*) Livingstone, *Le Dernier Journal*. t. I. pag. 146.

(*a ñ*) Stanley, *Le Continent Mystérieux*. t. I, pag. 105.

(*a o*) Rienzi, *La Oceanía*, t. I, pág. 292.

En el Imperio teocrático de los Faraones, la justicia fué prerrogativa del sacerdocio (*a p*) y entre los hebreos, los sacerdotes eran jueces supremos, en términos que la inobservancia de sus fallos traía aparejada pena de muerte (*a q*).

Julio César atestigua que en las Galias correspondía a los druidas juzgar todas las contiendas, así las públicas como las privadas, y las civiles tanto como las criminales (*a r*); y según D'Arbois de Jubainville, en la Irlanda céltica estaban encomendadas las mismas funciones a los *file*, esto es, los poetas (*a s*).

En la misma Germania, donde ordinariamente la justicia era administrada por las asambleas generales o por sus delegatarios, la jurisdicción criminal se convertía en prerrogativa del sacerdocio durante la guerra (*a t*).

Es un fenómeno que se ha repetido en todos los Estados teocráticos: los cuerpos sacerdotales han hecho sentir su predominio menos por el ejercicio directo de las funciones políticas que por el de las funciones judiciales.

Durante los siglos medios, siglos de predominio de la Iglesia católica, estuvo a punto de pasar íntegramente a

(*a p*) Thonissen, *Droit criminel des Peuples Anciens*, t. I, liv. III, chap. I, pag. 208.

(*a q*) *Deuteronomio*, cap. XVI, § 18.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 525, pag. 671.

(*a r*) Julio César, *De bello gallico*, lib. VI, cap. IV, pág. 255.

D'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le Droit celtique*, t. I, chap. V, § 17.

(*a s*) D'Arbois de Jubainville, *Introduction à l'étude de la littérature celtique*, liv. II, chap. II, pag. 93 et chap. VI, pag. 129.

(*a t*) En este punto, la famosa obra de Tácito se contradice dos veces: en el capítulo VII dice que «con excepción de los sacerdotes nadie tiene derecho ni de castigar, ni de encarcelar, ni de golpear»; en el capítulo XII, dice que «se pueden entablar ante las asambleas generales acusaciones y causas criminales», y que «los castigos varían según los delitos», y al final, agrega que en las mismas asambleas se eligen jefes que administren la justicia.

Tácito, *Germania*, cap. VII y XII.

sus manos la administración de justicia. En su carácter de guardiana de los registros civiles, se avocó el conocimiento de todas las causas relativas a la legitimidad de los hijos, a la validez o nulidad de los matrimonios, al divorcio temporal o perpetuo de los cónyuges; y con el pretexto de que la violación del juramento era caso de conciencia, se arrogó también en algunas naciones jurisdicción para conocer en los pleitos y querellas que versaban sobre incumplimiento de promesas juramentadas (*a u*). Si la Iglesia no hubiese tropezado con la invencible resistencia del feudalismo, tan vigorosamente organizado para mantener sus privilegios, no es dudoso que mediante la simple multiplicación de los casos de conciencia, la administración de justicia habría pasado toda entera a manos del clero católico.

§ 89. Sin desconocer los servicios que la teocracia, la oligarquía y el pueblo han prestado a la administración judicial, podemos decir que la diversificación de la justicia es obra que se debe principalmente a los gobiernos autocráticos.

Según lo hemos manifestado más arriba (§ 65), los estados duraderos de anarquía interna, así como los de guerra internacional, propenden a crear gobiernos que para cumplir bien su misión, se arrogan sin grandes resistencias la suma total del Poder Público. Como quiera que las tribus más atrasadas viven en estado permanente de hostilidad (§ 18), las dictaduras, ora accidentales, ora vitalicias, ora hereditarias, convertidas en verdaderas reyecías, aparecen florecientes en todas partes y en todos tiempos a lo largo y a lo ancho del mundo bárbaro.

En esta concentración de Poderes, que en el fondo es una acumulación de funciones heterogéneas, nada hay deliberado; todo se opera espontáneamente. Dado que en los grados

---

(*a u*) En España, las cortes de Medina del Campo celebradas en 1318 y otras posteriores, reclamaron contra la usurpación de la jurisdicción temporal por los jueces eclesiásticos. *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla,* t. I, pág. 330.

Pollock, *Introduction à l'étude de la Science Politique,* pag. 238.

inferiores del desenvolvimiento político no se distingue entre función y función, los pueblos no advierten absolutamente que con la institución de la autocracia confieren a una misma persona múltiples y heterogéneas facultades de general, de gobernante, de legislador, de administrador y de juez. Para los bárbaros, el gobierno puede tener limitaciones de hecho, pero no de derecho; en principio, tiene tanta competencia para legislar como para ordenar, y no menos para fallar que para administrar. El gobierno es la suma total del Poder Público, y sin alarmas ni escrúpulos jurídicos fundados en la separación y hetereogeneidad de las funciones, el mismo jefe que manda los ejércitos durante la guerra, queda en la paz dictando órdenes, leyes y sentencias.

Sumner Maine observa que en Israel, antes de la institución de la monarquía, los dictadores militares que el pueblo creaba en los casos de peligro nacional recibieron el nombre de *jueces* porque cuando la paz se restablecía, se prevalian del prestigio que habian alcanzado para consagrarse a administrar justicia (*a* v).

Casos análogos los encontramos en todas partes.

«Entre los tártaros, dice Gibbon, el *mursa* ejercía la autoridad de juez durante la paz y la de jefe durante la guerra»; y entre los visigodos, aparecen a la época de las invasiones los caudillos Alavivus y Fritigern desempeñando funciones judiciales (*a* w).

En las islas Palaos, a la época de su descubrimiento (1783), «diariamente, al medio día, se sentaba el rey ante el público para oir las demandas de sus súbditos y decidir las disidencias que entre ellos habia» (*a* x); y en Molemba (África), Livinsgtone presenció una audiencia judicial en que hizo de juez el jefe de la tribu. Así mismo, segun el

(*a* v) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VI, pag. 218.

(*a* w) Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. XXVI, pag. 614 et 626.

(*a* x) Wilson, *Relation des Isles Pelew*, pag. 289

testimonio de Rienzi, en Java «la Justicia y el Poder Ejecutivo están confiados a una misma persona» (*a y*); en Abisinia, según Hartmann, y entre los chanes del Chaco, según Nordenskiold, los jefes oyen y fallan personalmente las querellas de sus súbditos (*a z*); y es indicio de que los *toquis* araucanos desempeñaban a la vez las funciones de jefes y de jueces, el origen etimológico del nombre, que viene del verbo *toquín*, el cual, dice Molina, tiene dos acepciones, la de *mandar* y la de juzgar (*b a*).

Grave error que dejaría científicamente inexplicado el proceso evolutivo de la administración judicial sería aceptar las preocupaciones democráticas, según las cuales no han podido los gobiernos asumir el desempeño de las funciones judiciales sino usurpándolas por medio de la violencia. Aun cuando sin duda se puedan citar algunos casos históricos de usurpación violenta, la regla general en las sociedades atrasadas, donde todavía no se hace distinción entre las funciones del Estado, es que los jefes sean investidos de la suma entera del Poder Público, y por ende de las facultades judiciales por obra de una conformidad general que se establece bajo la presión incontrastable de circunstancias externas. Las usurpaciones violentas que no han contado con el favor de las circunstancias sociales, jamás han tenido efectos duraderos en la historia.

En comprobación de nuestra doctrina, podríamos citar muchos y muy varios casos. Prescindiendo de aquellos, difíciles de comprobar, en que no pudo haber usurpación porque a causa de su nacimiento tardío la justicia fué fundada por el mismo gobierno, nos es fácil recordar algunos

(*a y*) Rienzi, *La Oceania*, t. I, pág. 164.
Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 216.

(*a z*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. XIV, pag. 201.
Hartmann, *Les Peuples de l'Afrique*, pag. 214.

(*b a*) Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág. 61.
Smith, *Los Araucanos*, cap. XIV, pág. 148.

en que él ha asumido las funciones judiciales por exigencias indeclinables de los oprimidos, y otros en que le han sido confiadas por expresa delegación de las asambleas públicas.

A esta última clase pertenece el caso recordado por Dareste, cual es, que antes de entrar los húngaros en el país que a consecuencia de la ocupación permanente se llamó Hungría, eligieron un jefe supremo y le invistieron de facultades judiciales bajo reserva de que si fallaba injustamente, la asamblea general podría casar sus fallos y deponerle (*b b*). Recordemos también entre estos mismos casos de delegación el de la reyecía de los tiempos heroicos de Grecia, que concentró en sus manos las funciones del generalato, del sacerdocio y de juez supremo y que según el testimonio de Aristóteles, se instituyó con consentimiento de los pueblos (*b c*).

Pero aun sin que medie delegación expresa, el jefe que goza de algún prestigio no necesita recurrir a la violencia porque son los mismos pueblos los que le instan a desempeñar funciones judiciales, como sucede siempre que los oprimidos le piden amparo y justicia ateniéndose más a su poder que a su competencia. Cuando los caciques araucanos vienen ante el Presidente de Chile a pedirle que les ampare contra los detentadores particulares de sus tierras, proceden así porque no haciendo como no hacen distinción entre las funciones gubernativas y las judiciales, se imaginan que el jefe del gobierno, dueño de la fuerza pública, ha de tener los medios y por consiguiente, facultades para enmendar las injusticias.

Por efecto de esta general e inevitable indistinción de las funciones públicas, en las sociedades atrasadas tiene que repetirse todos los días el caso de Salomón, llamado en su calidad de rey a dirimir cuestiones litigiosas. No se explica de otra manera el hecho de que en todas las auto

(*b b*) Dareste. *Etudes d'Histoire du Droit*, t. II, pag. 249

(*b c*) Aristóteles. *La Politique*, liv. III, chap. IX, § 7.

cracias antiguas y medioevales, aun en aquellas como las de Egipto, Israel, Media, León y Castilla, el Imperio Incásico, etc., donde se había ya diversificado la administración judicial, el príncipe aparezca desempeñando las funciones de juez supremo (*b ch*).

Así fué como en Roma, a principios de nuestra Era, pasó la administración judicial a manos de los emperadores. Aunque allí había jueces, como eran los comicios, el Senado, los pretores, etc., ello es que los débiles, los espoliados, los perseguidos acudían al príncipe de todas partes del Imperio en demanda de favor, amparo y justicia; y aunque estas querellas le distraían de los asuntos de gobierno, se prestaba de buen grado a dirimirlas porque el ejercicio de la jurisdicción le abría la puerta para favorecer a sus parciales y hostilizar a sus adversarios. Es acaso el principal incentivo que el acaparamiento de la justicia tiene para los autócratas primitivos, de quienes no podríamos

---

(*b ch*) Thonissen, *Droit Criminal des Peuples Anciens*, t. I, liv. II, pag. 93.

Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. I, cap. C.

Núñez de Castro, *Corona Gothica*, 2ª Parte, pág. 97.

Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, páginas 59 y 152.

Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, t. I, lib. II, cap. XIII, pág. 51.

Colmeiro, *Introducción a las Cortes de León y de Castilla*, Parte Primera, pág. 254.

«Donde se hallaba presente el Inca, dice Cobo, él solo era el juez ante quien se pedían todos los agravios hechos, y donde no, hacían justicia sus gobernadores y caciques». Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, lib. XII, cap. XXVI, pág. 237.

En el poema del Cid, observa Hinojosa, «el Rey se presenta ejerciendo personalmente una de las funciones más esenciales y características de la dignidad real así en el período visigótico como en León y Castilla: la de juez. Aunque su competencia en este orden era ilimitada, pues podía avocar a sí el conocimiento de todo linaje de asuntos, había algunos que ya por su importancia, ya por las personas interesadas, estaban reservados a ella exclusivamente». Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 90.

sin mucha ingenuidad suponer que se molestan por amor a la justicia o a los pueblos.

Para nosotros, no hay duda en que esta doble e instintiva propensión de los oprimidos a buscar el amparo de los poderosos, y de los poderosos a favorecer a sus parciales, unos y otros bajo el manto de la justicia, explica satisfactoriamente la frecuencia con que en el mundo bárbaro encontramos a la autocracia dedicada a las tareas judiciales.

Cuando la justicia es trasferida de manos del pueblo a las de la autocracia, casi invariablemente quedan huellas visibles de su origen popular en el modo como los jefes y los reyes siguen administrándola. Entre esas huellas, la más característica es, sin duda, la práctica de oir y fallar las querellas en lugares abiertos, a menudo en plazas publicas, y en presencia del pueblo entero (*b d*).

Dionisio de Halicarnaso, fiel relator de las tradiciones de Roma, dice que en la época de la monarquía la justicia era administrada por los reyes; y con referencia a la misma época, observa Mommsen, que «la jurisdicción correspondía a la comunidad, esto es, agrega, al rey, quien administraba la justicia (*jus*) en los dias fijados (*dies fasti*) para fallar, sentado en una plataforma (*tribunal*) que se colocaba en la plaza de las asambleas públicas» (*b e*).

Algo muy parecido encontramos en la antigua Atenas porque sus reyes, según Goguet, tenian la prerrogativa de convocar al pueblo para tratar *sub dio* de los asuntos contenciosos y en estas asambleas públicas «opinaban en primer término, oían las demandas y fallaban las contiendas de los ciudadanos» (*b f*). Todo lo cual significa que la

(*b d*) Spencer. *Principes de Sociologie*, t. III. § 524.

(*b e*) Denys d'Halicarnase. *Antiquités Romaines*, t. VI. liv. X, chapitre I, pag. 2.

Mommsen. *Histoire Romaine*, t. I. pag. 185

Ciceron. *La Republica*, t. II. lib. V, pags. 185, 187 y 189

(*b f*) Goguet. *Origines des Lois*, etc., t. III. pag. 47, 49 et 107

justicia popular y la justicia real actuaban combinadamente porque ni una ni otra era dueña exclusiva del campo.

Diez o doce siglos más tarde, encontramos esta misma organización en la monarquía franca. Tampoco allí había desaparecido por completo la justicia popular, ni predominado exclusivamente la justicia real. Así como en Roma, así como en Grecia, la justicia era administrada en asambleas generales presididas ora por el rey, ora por el conde que la corona había nombrado, y el presidente pronunciaba los fallos con aprobación de los circunstantes (*b g*).

Lo mismo pasaba, según D'Arbois de Jubainville, en la Irlanda céltica (*b h*); y en Tenerife, según Bory de Saint Vincent, a la época de la conquista española, las demandas y querellas se entablaban ante la asamblea plenaria, presidida por el rey, a quien incumbía dictar las sentencias (*b i*).

Por de contado, no puede ser igual en todas partes el grado en que los pueblos conserven la prerrogativa de la administración judicial. Donde la reyecía es débil, la justicia tiene más carácter popular que real; pero donde el poder autocrático alcanza una preponderancia decisiva, el pueblo asiste a los actos de administración judicial más bien como testigo fiscalizador de su rectitud que como juez encargado de ejercerla.

Como quiera que originariamente, cuando no hay más tribunal que el pueblo entero, la justicia es administrada o en las plazas y puertas de la ciudad o en los campos cercanos, los jefes que la acaparan siguen a los principios la misma práctica de desempeñar las funciones judiciales en lugares abiertos, al aire libre y en presencia de todos los ciudadanos. En Roma, la justicia se administraba, según Mommsen, en el gran mercado, en el gran foro, en los foros de César y de Augusto. Por excepción, quizá en los días de lluvia, se la administraba también en basílicas cubiertas, pero

(*b g*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. XIII.

(*b h*) D'Arbois de Jubainville, *Le Droit Celtique*, pag. 96.

(*b i*) Bory de Saint Vincent, *Les Isles Fortunées*, chap. II, pag. 108.

mientras duraba la audiencia, su entrada permanecía franca para el pueblo entero (*b j*). De la misma manera, esto es, en lugares abiertos y con la más amplia publicidad, se administra la justicia en Atenas y en Kachemir (*b l*), y se la administraba en Tenerife a la época de la conquista española (*b m*).

En los tiempos de las invasiones, aparece uno de los más famosos guerreros, Atila, administrando justicia a la puerta de su casa, asesorado por un jurisconsulto y fiscalizado por todo el público (*b n*); y entre los Israelitas, por disposición del *Deuteronomio*, los jueces debían administrar la justicia en las puertas de las ciudades (*b ñ*).

Todo el que ha viajado por el Oriente, observa Lenormant, ha notado que a la entrada de las principales ciudades, hay puertas monumentales a cuya sombra el gobernador administra diariamente justicia. Es lo que los viajeros atestiguan haber visto en Mossul, en Semil y otras partes, y esta costumbre es la que dió al gobierno turco el nombre de Puerta Otomana o Sublime Puerta (*b o*).

(*b j*) Mommsen. *Derecho Penal Romano*. t. I. lib. III. cap. II. página 359.

Es de presumir que en los tiempos primitivos de Roma, la asamblea del pueblo se reuniese para administrar justicia fuera de la ciudad, en un sitio que preferido de pronto por los mercaderes para sus negocios, fué por lo mismo centro de gran concurrencia y adquirió rápidamente el carácter de centro de la población entera. Así lo deja colegir el nombre de la plaza, *forum*, que literalmente significa *afuera*. Maunier. *L'Origine et la Fonction économique des Villes*. pag. 155.

Denys d'Halicarnase. *Antiquités Romaines*. t. IV. pag. 355.

(*b l*) Spencer. *Principes de Sociologie*. t. III. § 524.

Goguet. *Origines des Lois*, etc., t. III, pag. 47 et 49.

(*b m*) Bory de Saint Vincent. *Les Isles Fortunées*, chap. II, pag. 108.

(*b n*) Blaramberg. *Institutions et Lois de la Roumanie*. pag. 39.

(*b ñ*) *Deuteronomio*. cap. XVI. § 18.

(*b o*) Lenormant et Babelon. *Histoire Ancienne de l'Orient*. t. V. liv. VI, chap. I, § 8, pag. 121.

« Dans la Bible, nous voyons les anciens, les magistrats, se tenir aux portes de la cité; Mardochée constamment assis à la porte du palais; Booz réunissant ses parents à la porte de la ville. De cet usage est venu le nom de Porte, de Sublime Porte, donné d'abord à l'entrée du Vieux-

La práctica de administrar justicia en lugares abiertos se ha solido conservar hasta grados muy altos de la civilización.

Del Areópago de Atenas sabemos que vulgarmente se le conocía con el mote de *Consejo de Arriba,* no tanto porque en la organización judicial de aquel pueblo fuese el más alto tribunal de justicia sino porque funcionaba al aire libre en la cima de una colina.

Según Dareste de la Chavanne, hacia los fines de la Edad Media, cuando ya había jueces y tribunales por todo el reino de Francia, en respeto a una antigua costumbre, el rey se sentaba ciertos días a la puerta de su palacio para oir y fallar personalmente las demandas y querellas que se le presentaban; y cuando San Luis desempeñaba las mismas funciones bajo la legendaria encina de Vincennes, no hacía más que conformarse con los usos establecidos desde tiempos inmemoriales. Prácticas análogas siguieron los monarcas de León y de Castilla, según Martínez Marina (*b p*).

No obstante estas prácticas, debemos observar que cuando las autocracias europeas asumieron las funciones judiciales, no fué siempre a los pueblos a quienes despojaron de la prerrogativa de su desempeño sino también a los ayuntamientos y a los señores feudales. Prestando oído a todas las quejas contra los jueces locales, amparando a los que se presentaban como víctimas de abusos y despojos judiciales, arrogándose la facultad de enmendar las injusticias, los reyes contaron con el apoyo caluroso de los pueblos para extender su jurisdicción (*b q*).

Sérail, à Constantinople, puis apliqué au Conseil qui s'y tenait, et enfin au gouvernement même du Sultan». Le Bon, *Les Premières Civilisations*, liv. IV, chap. VII, pag. 582.

(*b p*) Martínez Marina, *Ensayo sobre Legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, pág. 152.

Démosthéne et Eschine, *Oeuvres*, t. I, pag. 178.

Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration Publique en France*, t. I, chap. VIII, § VI.

Joinville, *Histoire de Saint Louis*, § 59.

Goguet, *Origines des Lois*, etc., t. III, pag. 46 et 47.

(*b q*) «Los Concejos, florecientes en el siglo XIII, dice Colmeiro, de

Dos prácticas judiciales establecidas desde tiempo inmemorial, facilitaron este acaparamiento de la justicia por los monarcas. Fué la una que en cada reino se reconoció a todo súbdito el derecho de ocurrir directamente a la justicia real, saltando las justicias subalternas; y fué la segunda que cuando el rey visitaba las ciudades emancipadas o los Estados de sus grandes vasallos, los jueces feudales y los jueces municipales suspendían sus funciones porque donde él llegaba, solo él podía ejercer la prerrogativa de administrar justicia. Ahora bien, los monarcas tuvieron en tanta estima esta prerrogativa, cuyo ejercicio les daba popularidad y estendía su jurisdicción sobre feudos y ciudades independientes, que de continuo recorrían sus Estados fallando causas civiles y criminales (*b r*).

El acaparamiento de las funciones judiciales por los jefes militares convertidos en gobernantes surte efectos de la mayor trascendencia en el desarrollo orgánico del Estado.

En el orden político, cuando todavía no se comprende que los gobiernos tengan nada que hacer durante la paz, la administración de justicia les da una ocupación permanente que justifica su subsistencia después de la guerra, y

tal suerte abusaron de su libertad que degeneró en licencia intolerable. Los vecinos y moradores... se dividieron en bandos que se disputaban con las armas el gobierno municipal... Nadie obedecía la ley ni guardaba respeto a los magistrados populares. Alfonso XI, rey justiciero, castigó algunas ciudades reemplazando los alcaldes, regidores y jurados electivos con otros a su voluntad; y para extirpar de raíz los abusos, instituyó los corregidores, ministros de la justicia y autoridades superiores a los Concejos en todo lo perteneciente al gobierno de los pueblos ». Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los antiguos Reinos de Leon y de Castilla*. Parte Primera, págs. 94 y 254.

« La supériorité de la justice royale (dice Glasson, respecto de Inglaterra) ne contribua pas peu à maintenir cette égalité (celle du peuple anglais). Elle permit aussi d'entourer les faibles de mesures de protection dont ils ne juissaient pas dans d'autres pays ». Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. III, pag. 171.

(*b r*) Pardessus, *L'Organisation Judiciaire*, pag. 84, 87 et 243. Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, pag. 48, 114 a 117. Colmeiro, *Introducción a las Cortes*, etc., Parte Primera, pág. 254.

les atrae adhesiones que los fortifican en bien de la consolidación del orden. Si a los jefes que intermitentemente gobernaron el pueblo de Israel antes de la monarquía se les dió el nombre de jueces, es cabalmente porque después de cumplir la misión militar que al elegirles se les había confiado, quedaban constituídos, por efecto de su prestigio, en árbitros de todas las contiendas.

En el orden judicial, el acaparamiento de funciones judiciales por los gobiernos rinde a la larga los siguientes beneficios:

1° Da carácter coercitivo a la justicia, que a los principios es puramente arbitral;

2° La hace más activa y más eficaz mediante la institución del ministerio público;

3° La diversifica y la hace técnica quitándole el carácter empírico que conserva mientras es administrada por el pueblo; y

4° La organiza de manera que se corrija a sí misma y se haga más perfecta, enriqueciéndola con tribunales de alzada, que son, por naturaleza, instituciones de fiscalización y revisión.

Vamos a estudiar uno por uno estos progresos de la justicia.

§ 90. El carácter arbitral de la justicia primitiva se ha observado en numerosos pueblos de todos los tiempos.

Entre los turcomanos nómadas del Khorossan, los ancianos gobiernan y administran justicia en calidad de simples árbitros y consejeros porque las tribus se resisten a reconocerles y obedecerles en el carácter de jefes (*b s*); y entre los araucanos, cuando se comete un asesinato, los caciques intervienen en calidad de simples árbitros para reconciliar a las familias de la víctima y del victimario (*b t*).

En el principado de Montenegro, según Jovanovic', la justicia penal es, hasta hoy mismo, esencialmente arbitral.

(*b s*) Letourneau. *De la Propriété*. pag. 138.

(*b t*) Rosales, *Historia de Chile*. t. I, lib. I, cap. XXII.

Cuando se comete un delito, por ejemplo un homicidio, van las mujeres de la familia del victimario a pedir perdón a la víctima o a su familia; y obtenido el perdón, o sea remitida la venganza, se nombran 24 jueces árbitros para que fijen el precio de la sangre (*b u*).

Así mismo, en la Georgia y en otros pueblos del Cáucaso y de la Slavia tanto como en la India, propiamente no hay jueces ni se dictan fallos que obliguen a las partes; solo hay árbitros que se empeñan en reconciliarlas sin averiguar a quien corresponda el derecho. Que la reconciliación deje consumada una enorme iniquidad e impune un horrendo crimen, no es incumbencia de los árbitros el impedirlo (*b v*).

Tampoco se conoció más que la justicia arbitral durante los siglos medios en todos aquellos pueblos europeos que quedaron substraídos a la justicia coercitiva de la autocracia romana. Por ejemplo, en Dinamarca, en Suecia, en Noruega y en Islandia, el Poder público no intervenía en las causas criminales sino a guisa de mediador para restablecer la paz entre ofensores y ofendidos; y según el derecho del siglo XV en Hungría, la intervención del juez no tenía más objeto, aun en los casos de asesinato, que aconsejar a las partes que transigieran (*b x*).

Con referencia a los celtas, dice D'Arbois de Jubainville, que « en las contiendas entre particulares no había jurisdicción obligatoria »; que la justicia se reducía a un puro arbitraje; que « en el primer siglo de nuestra Era, los druidas eran simples árbitros »; que « aun los fallos pronunciados por el rey en procesos por heridas, por asesinatos o por cualquiera otra causa eran meramente arbitrales »; que

(*b u*) Jovanovic, *Etudes sur le Monténégro*, pag. 481 du *Bulletin de la Société de Législation Comparée* de 1890.

(*b v*) Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*, VI, pag. 127 et 151, et X, pag. 237.

(*b x*) Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*, XI, pag. 270.

«nadie estaba obligado a aceptar al rey por juez ni conformarse con sus sentencias», y en fin, que no incurría en pena alguna el que se negaba a acatarlas (*b y*).

Recordemos también que entre los galos, los príncipes o caciques no administraban la justicia sino por medio de consejos y fallos arbitrales; que entre los germanos los tribunales se componían de ancianos que actuaban más bien en carácter de árbitros que en el de jueces (*b z*); y que después de las invasiones, los tribunales de centuria no siempre estaban facultados para imponer coercitivamente sus sentencias civiles (*c a*).

Schulte se imagina que si el Estado franco no intervenía coercitivamente en la represión de los delitos, lo hacía así por respeto a la libertad individual. La libertad, dice, estaba a tal punto protegida que no era permitido a la comunidad pesquisar más crímenes que aquellos que la ofendían a ella misma; para los demás, quedaron subsistentes hasta el *Código Carolino* la pena del talión y la venganza privada (*c b*). Hay en esto mucha ideología porque la abstención del Estado en la empresa de reprimir la delincuencia no es indicio de mucho liberalismo sino de mucha barbarie.

Por último, Maynz y Sumner Maine, observan ser muy probable que a los principios de Roma careciese la justicia civil de carácter coercitivo porque las formas del procedimiento judicial que subsistió hasta los tiempos históricos suponen el sometimiento voluntario de las partes a sus de-

(*b y*) D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit celtique*, t. I, chap. IV, § I, pag. 37, et chap. V, § 6, pag. 104, et § 17, pag. 158.

(*b z*) Tácito, *Germania*, chap. XII.
Julio César, *De Bello Gallico*, lib. VI, cap. IV, pág. 252.

(*c a*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VI, pag. 226 et 227.

(*c b*) Schulte, *Histoire du Droit et dés Institutions de l'Allemagne*, § 109, I.

cisiones (*cc*); y Mommsen dice, respecto de la jurisdicción penal, que presumiblemente el Estado no intervenía a los principios en dicha ciudad «sino para intentar que se diese alguna satisfacción al ofendido» o que se conviniera en algún juicio de conciliación o composición, el que solo a la larga se hizo obligatorio. En corroboración de estas presunciones, agregaremos que la voz *sententia*, nombre del fallo judicial, no envolvía etimológicamente la idea de mandato u orden sino la de sentir u opinión del juez (*cd*).

Como bien se comprende, no puede nacer la justicia sino con el carácter de simple arbitraje porque siendo la venganza en los pueblos atrasados un deber y un derecho, el Estado, que más bien debe favorecer que no entorpecer la acción del vengador, tiene que concretar su intervención a ofrecerle una transacción voluntaria y renunciable.

En mérito de estos antecedentes, observa Sumner Maine que si la justicia primitiva presta reales servicios al orden social, es porque actúa con carácter simplemente arbitral, pues a los principios no habría quien la respetara si intentase imponerse coercitivamente (*ce*).

Determinar cómo los pueblos se avienen a perder esta libertad para tener la justicia no es tarea de poco momento porque para no sublevar el sentimiento jurídico, se ha de efectuar por lo común de manera tan insensible la evolución que rara vez se ha de notar cuando va pasando de uno a otro régimen.

Sin duda, la individualización de la propiedad, el aumento

(*cc*) Maynz, *Esquisse du Droit Criminel*, pag. 15.
Maynz, *Cours de Droit Romain*, t. I, § 56 et 130.
Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. X, pag. 354.
Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. IX, pag. 312.
Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. II, lib. IV, cap. I, pags. 20 a 22.

(*cd*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. II, lib. V, cap. I, pagina 350.
Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 15, pag. 174.

(*ce*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. XI, pag. 522.

de la producción industrial y agrícola, el desarrollo del comercio y los hábitos de la paz, que permiten al hombre renunciar al empleo de la fuerza y a las prácticas de la venganza personal, son causas que actuando de consuno, han de hacer sentir, por sí solas, en determinado momento de la vida de los pueblos, la insuficiencia de la justicia meramente arbitral para reprimir los atentados contra el derecho y las personas. Pero poco avanzamos con establecer que por obra de estas causas, se hace necesaria la institución de la justicia coercitiva, puesto que de antemano sabemos que son ellas las que propulsan el desarrollo político entero del Estado. Lo importante y lo difícil es averiguar la manera y la forma cómo ellas actúan; y lo que más dificulta la solución es el que en los pueblos atrasados no se pueda justificar jurídicamente la intervención del Estado porque en ellos no existe la noción de la criminalidad, no estimándose el delito más que como un daño indemnizable. ¿Cómo se establece, pues, la justicia coercitiva?

Para llegar a la solución de este problema, observaremos en primer lugar que entre los grandes crímenes (grandes ante el sentimiento moral y jurídico dominante) se distinguen unos que solo afectan a individuos particulares, y otros que afectan a la sociedad entera. La traición, la deserción, la revuelta, la adoración de dioses extraños, el ejercicio de cultos prohibidos, los casamientos entre nacionales y extranjeros donde las costumbres han proscrito en absoluto la exogamía, el hurto de cosas sagradas o pertenecientes al Fisco, etc., etc., son delitos que a menudo causan profunda impresión en el pueblo y que no afectan individualmente a personas determinadas. En casos de esta naturaleza, la justicia pública puede intervenir en la represión sin violar el principio jurídico que atribuye a la víctima el derecho y el deber de la venganza porque entonces el Estado procede en representación de la sociedad ofendida a la manera de cualquier particular.

Por de contado, no en todos los pueblos atrasados se hace esta distinción. Muchos no conocen los delitos públicos, esto es, los pesquisables de oficio: solo conocen los

delitos privados por cuya ejecución no se siente afectada la sociedad. De los Kirguizes, dice expresamente Dingelstedt, que no conocen crímenes que afecten a la sociedad, y de los osetas del Cáucaso, dice Dareste, que en el derecho más antiguo ningún delito afectaba al Estado (*e f*). La misma observación se aplica a gran parte de los pueblos más atrasados, dado que en ellos no se encuentra vestigio alguno de justicia pública. Para que el Estado arme su brazo contra ciertos delitos que sin ofender particularmente a nadie, ofenden en realidad a todos, se requiere que de antemano se haya desarrollado la personalidad del pueblo hasta adquirir conciencia de sí misma (*e g*).

Según Mommsen, la jurisdicción de los magistrados no tuvo a los principios en Roma carácter coercitivo sino respecto de los delitos públicos (*e h*); y según Maynz, el primer delito que en aquel pueblo se conceptuó público y merecedor de la pena capital fué la traición, *perduellio*, como lo deja colegir el hecho de que hasta los siglos históricos se diese el mismo nombre a todo crimen que por su gravedad provocaba la vindicta del Estado (*e i*).

Pues bien, dice Sumner Maine, cuando la sociedad romana comprendió que solo a ella afectaban estos crímenes, asimiló la ofensa a las que se inferían a los ciudadanos, y procediendo como ellos, no entregó los ofensores a la justicia ordinaria sino que se vengó de ellos por sí misma (*e j*). Que el pueblo romano no entendía propiamente castigar los crímenes sino vengarse de sus autores, lo prueba el

---

(*e f*) Dingelstedt. *Regime patriarchal des Kirghiz*. pag. 44.
Dareste. *Etudes d'histoire du Droit*. pag. 149.

(*e g*) Sumner Maine. *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*. chap. XI, pag. 523.

(*e h*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*. t. I, lib. I, cap. IV. página 40.

(*e i*) Maynz. *Cours de Droit Romain*. t. I, § 35.
Maynz. *Le Droit criminel de l'ancienne Rome*. pag. 5.

(*e j*) Sumner Maine. *L'Ancien Droit*. chap. X, pag. 352

nombre *vindicta,* esto es, venganza, que se daba a la sanción penal.

No solo en Roma podemos estudiar los orígenes de la justicia coercitiva. Entre los israelitas, se sometía a los tribunales ordinarios el juzgamiento de los delitos que daban lugar a la acción privada; pero el robo sacrílego, la cohabitación con mujer idólatra, la blasfemia contra Jehová, etc., se tenían por delitos que afectaban al orden social y que facultaban a todo testigo para matar al criminal y al pueblo entero para lapidarlo. No otro fué el motivo de la lapidación de algunos mártires del cristianismo (*c k*).

Por lo tocante a los germanos, Tácito no es muy preciso en este punto; pero es el hecho que por un lado, acredita que todas las diferencias y delitos, hasta el homicidio inclusive, se podían componer entre las familias de la víctima y el victimario, mediante el pago de ciertas indemnizaciones, y que por otro lado, dice de las asambleas generales que castigaban la traición, el transfugio, la cobardía y la pederastía, con severísimas penas. Lo cual significa que la justicia del Estado actuaba coercitivamente solo para reprimir aquellos delitos contra los cuales ningún particular tenía acción privada (*c l*).

Los comienzos de la potestad penal se pueden estudiar también en el mundo bárbaro de nuestros días. Según Freycinet, entre los indígenas de Puerto Jackson, « los miembros de la tribu o de la familia, reunidos en asamblea, juzgaban los delitos que afectaban a la sociedad entera e inflingían las penas a los culpables »; y se subentiende que dicho tribunal no tenía competencia para juzgar y castigar otra clase de delitos. Lo mismo deja entender Nordenskiold de los chanes del Chaco cuando dice que sus jefes no conocen de otros crímenes que el asesinato, la seducción y la brujería, y no otra cosa ha de haber pasado entre los

---

(*c k*) Thonissen, *Le Droit criminel des Peuples anciens*, t. II, liv. III, chap. II, pag. 20 et 23.

(*c l*) Tácito, *Germania*, cap. XII y XXI.

araucanos, dado que Molina dice que la asamblea general castigaba la traición, la felonía, la brujería y otros crímenes (*c ll*).

Desde el momento en que se reconoce una clase de delitos que a causa de su naturaleza, solo el Estado puede reprimir, se empieza a multiplicar por un lado el número de aquellos que se substraen a la venganza privada, entregando al juzgamiento público muchos que aunque afecten a personas determinadas, ofenden también por su gravedad al orden social entero; y por otro lado, la justicia del Estado va extendiendo el campo donde sin protestas de nadie puede ejercer coercitivamente su potestad (*c m*).

Acabamos de ver que entre los araucanos, la asamblea general castigaba con pena de muerte la felonía, la traición y la brujería; delitos que por su naturaleza, que no afecta a persona determinada, han de haber sido sin duda los que originariamente provocaron la acción coercitiva del Estado; pero ya en los tiempos de Molina, esto es, en el siglo XVIII, la misma asamblea castigaba también el adulterio, el hurto de cosa valiosa y el homicidio voluntario cuando el criminal no se avenía a pagar el rescate (*c n*).

Análogamente, en el derecho más antiguo de Suecia y de los otros pueblos scandinávicos, se estableció que el asesinato alevoso y el incendio y la bigamia, al igual de la traición y la revuelta, serían en lo sucesivo crímenes no indemnizables, cuyos autores sufrirían la pena capital aun en aquellos casos en que las víctimas se declarasen satisfechas. Creemos, así mismo, que no otra es la aplicación de aquella ley que durante los siglos medios rigió en los reinos de Leon y de Castilla, y que reservaba al rey el juzgamiento

(*c ll*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. III, pag. 787
Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, pag. 201
Molina, *Historia civil del Reino de Chile*, pág. 64.

(*c m*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. II, lib. V, cap. I, pagina 380.

(*c n*) Molina, *Historia civil del Reino de Chile*, pag. 64

de «muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, camino quebrantado, casa quemada, traición aleve y rapto». ¿Qué otro objeto pudo tener la reserva si no es el de impedir que tamaños crímenes quedaran impunes por efecto de transacciones celebradas entre las víctimas y los victimarios? (*c ñ*).

Por último, las tradiciones romanas conservaron un vago recuerdo de una época en que la justicia pública no castigaba el asesinato: así se infiere del hecho de que ellas atribuyesen a Numa el haber dictado una ley que habría conferido al Estado competencia para juzgar los *parricidios* (*c o*).

De estos hechos, se infiere que a virtud de la institución de los delitos públicos, la justicia adquiere carácter coercitivo porque desde el momento en que la sociedad empieza a sentir que ellos la ofenden, es lo más humano que se prevalga de su fuerza para vengarse.

Pero al lado de esta primera causa, cuyos efectos no se han de hacer sentir sino muy a la larga, ordinariamente actúan otras de manera más rápida y decisiva. Cuando los gobiernos autocráticos, tan adecuados a los primeros grados del desarrollo político, se ponen a administrar justicia, instintivamente propenden a darla carácter coercitivo no solo porque el simple arbitraje les quita el medio de favorecer a sus parciales y de hostilizar a sus adversarios, sino también porque nunca hubo jefe absoluto dispuesto a tolerar que sus fallos y decisiones quedasen sin cumplimiento.

Por más que la justicia de los gobiernos autocráticos se haya resentido durante largos siglos de la arbitrariedad que caracteriza a las autocracias primitivas, ello es que difícilmente habría adquirido carácter coercitivo si los monarcas y dictadores no se hubiesen interesado, para aumen-

(*c ñ*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 297, 315, 334 et 351. Martínez Marina, *Ensayos sobre la Legislación y principales Cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, pág. 152.

(*c o*) Parece ser que originariamente *parricidium* no significó sino homicidio de un par, esto es, de un igual o un prójimo cualquiera. D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit celtique*, t. I, pag. 180 et 181.

tar el número de sus parciales y el prestigio de su poder, en el propósito de hacer cumplir sus fallos y resoluciones.

En comprobación, observaremos que en las sociedades atrasadas, no siempre son los jefes más benévolos y populares los más empeñados en administrar justicia; que ordinariamente los más tiránicos dejan a sus súbditos en libertad para arreglar sus diferencias como les dé la gana, y que indefectiblemente, cuando intervienen, no se ve que su intervención sea inspirada por el amor al orden y al derecho, sino por el propósito de reportar alguna ventaja política. En la isla de Timor, donde los rajás y reyezuelos ejercen sobre sus súbditos «una autoridad absoluta y casi despótica», observa Freycinet, «rara vez administra el príncipe personalmente la justicia, pero lo hace siempre que le parece conveniente» (*c p*).

Empero, no vayamos a creer que las autocracias procedan siempre atropellada y caprichosamente. Ningún Poder tiene bastante fuerza para perpetuarse si no cuenta más que con la misma fuerza, si no reconoce más regla que el capricho, si de alguna manera no sirve en nada ni al orden, ni al derecho, ni a los intereses sociales. Aun en los pueblos atrasados es tan vivo el sentimiento jurídico que las mismas autocracias absolutas no siempre logran dar carácter coercitivo a la justicia sino aparentando respetar el derecho consuetudinario de la venganza.

En muchas legislaciones primitivas, aparece de manifiesto la discreción, y acaso sería más propio decir la timidez con que el Estado empieza a intervenir en la represión de la delincuencia, porque nunca principia, como se podría creer, por suprimir la venganza, sino por reglamentarla o por tomarla a su cargo. El *Pentateuco* conservó una vaga reminiscencia de una época en que la venganza corría a cargo de la acción privada, y de un momento en que sin condenarla se estableció que en lo sucesivo correría a cargo de Jehová (*c q*).

(*c p*) Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 705 et 706.

(*c q*) *Genesis*, cap. IX, § 5 y 6.

A la inversa, durante los primeros siglos de la Edad Media, la venganza siguió en la mayor parte de los pueblos de Europa a cargo de las víctimas; pero desde muy temprano intervino coercitivamente el Estado para evitar los abusos reglamentándola. Una disposición que se reprodujo en varios de los códigos de los pueblos bárbaros prescribía que la venganza no se podría ejercer sino a falta de indemnización, y que la indemnización no se podría repudiar por parte de la víctima; y una ley de los lombardos autorizaba a la justicia para castigar a todo el que se vengase después de haber sido indemnizado. Si en algunos Estados, por ejemplo en Hungría hacia el siglo XV, se prohibió a los particulares vengarse, no es porque se condenase la venganza, es porque el Estado juzgó preferible encargarse de vengar a las víctimas ampliando y robusteciendo su competencia (*c r*).

Empero, si las autocracias nacionales tienen que proceder respetando los derechos adquiridos para lograr a la postre el propósito de dar carácter coercitivo a la justicia, bien se comprende que las autocracías extranjeras, impuestas por obra de la victoria, pueden llegar al mismo fin sin necesidad de guardar a los pueblos vencidos tales miramientos.

Cuando un pueblo era subyugado por Roma, los vencedores lo ponían bajo la mano de un gobernador, de un procónsul, de un prefecto o de un legado que quedaba gobernando autocráticamente y que en las causas criminales y contenciosas hacía prevalecer sus propios fallos y resoluciones contra el arbitraje y la venganza (*c s*). Así nos enseña D'Arbois de Jubainville que entre los celtas de la Gran Bretaña y de las Galias, la conquista romana abrogó el derecho de la venganza y la composición penal, encar-

(*c r*) Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. III, pag. 154. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXX, chap. XIX.
Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 64, 270, 334, 351 et 390.

(*c s*) Fustel de Coulanges, *La Gaule Romaine*, pag. 197.

gando a los magistrados castigar a los culpables de asesinatos y de violencias (*c t*).

De las observaciones precedentes se infieren las siguientes conclusiones:

1° Que a los principios no interviene la justicia pública, tanto en las causas civiles como en las criminales, sino a instancia de parte y en el carácter de simple mediadora;

2° Que en seguida, cuando adquiere carácter coercitivo, tampoco procede si no es solicitada, pero una vez que a instancia de parte empieza a intervenir, impone por la fuerza sus fallos y resoluciones;

3° Que cuando se instituye la clase de los delitos públicos, el tribunal (sea el pueblo, sea el rey) que obra en representación de la sociedad, y que de pronto solo actúa a instancia de cualquier ciudadano, queda en una situación en que sin vulnerar derechos adquiridos, puede arrogarse la facultad de proceder de oficio contra los culpables; y

4° Que en interés del orden social, se llega a dar carácter público a todos los delitos de cierta gravedad y entonces el procedimiento de oficio propende a prevalecer contra el procedimiento acusatorio, la noción del castigo se substituye en los juicios criminales a la de la indemnización, y la necesidad de la pena torna imposibles la composición y la transacción entre la víctima y el victimario.

Respecto de la justicia civil, que a los principios no interviene en los litigios sino en calidad de árbitro componedor, creemos que no ha de adquirir carácter coercitivo sino, por imposición de las autoridades, y muy a la larga, cuando los pueblos se han habituado a respetar los fallos arbitrales de los jueces del Estado (*c u*).

§ 91. Mientras la organización judicial se encuentra en estos primeros grados de su desenvolvimiento, no se siente

(*c t*) D'Arbois de Jubainville, *Etudes sur le Droit celtique*, t. I chapitre V, § 5.

(*c u*) Respecto de Roma, véase Mainz, *Cours de Droit Romain*, t. I, § 36 et § 130.

la necesidad del acusador público porque en principio todos los delitos se someten a la jurisdicción criminal ora a instancia de parte, ora de oficio. De aquí viene que este funcionario, auxiliar indispensable de la justicia criminal en los pueblos cultos, no existe en las sociedades semicivilizadas, mucho menos en las más atrasadas (*c v*).

Según Gognet, no hubo en los Estados griegos funcionario alguno encargado de pesquisar los delitos y de requerir el castigo de los delincuentes (*c w*); según Mommsen, tampoco lo hubo en Roma, ni en la monarquía merovingia, según Fustel de Coulanges (*c x*). Así mismo, nos informa Dingelstedt, que los kirghizes no tienen fiscales que acusen en nombre del Estado porque para ellos los delitos son actos que sólo dan acción a las víctimas y no afectan al orden social (*c y*).

Por causa de la naturaleza de sus funciones, no se puede instituir el ministerio público en nación alguna donde no estén plenamente reconocidos la jurisdicción penal del Estado y el deber que le incumbe de velar por la conservación del orden. En una época, dice Pardessus, de la Edad Media, en que la represión de los delitos estaba a cargo del interés privado, casi podríamos decir que a cargo de la venganza privada, y en que el duelo judicial y las ordalías

---

(*c v*) Se ha creído ver un acusador público en el *machi* de los araucanos, que unía su carácter de médico al de adivino, y que en los casos de enfermedades tenía por lo mismo que designar al autor del daño. «Encargado, dice Barros Arana, de descubrir un culpable que no existía, el adivino señalaba caprichosamente a uno de sus propios enemigos, muchas veces a alguno de los parientes del muerto, o a algún indio miserable y desvalido que espiaba con una muerte cruel un crimen que no había cometido». Barros Arana, *Historia de Chile*, t. I, Parte I, cap. V § 5. Pero a todas luces, en estos casos el *machi* hacía las veces de policía de pesquisa más bien que las de acusador público.

(*c w*) Goguet, *Del'Origene des Lois, des Arts*, etc., t. III, pag. 144

(*c x*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. I, lib. III, cap. III. Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. XIV, pag. 415.

(*c y*) Dingelstedt, *Le Régime patriarchal des Kirghiz*, pag. 44.

decidían de la inocencia o culpabilidad de los reos, no podía existir el ministerio público tal cual hoy se comprende (*ez*), esto es, como una institución que supone ser incumbencia del Estado velar por la represión de la criminalidad.

La doctrina política que atribuye al Estado la obligación de velar activamente por la conservación del orden jurídico, doctrina que nos parece ser tan obvia y elemental, es una doctrina relativamente nueva, que no rige en los pueblos atrasados, donde la represión de la delincuencia está a cargo de la acción privada y que no ha llegado a establecerse sino muy a la larga merced al lento desarrollo de la ciencia del gobierno. En la misma monarquía imperial de Roma y en las monarquías absolutas de la Edad Moderna, donde tan lejos se llevó la noción del Estado omnipotente, dicha doctrina no fué realmente aceptada sino en cuanto era indispensable para restablecer la unidad del derecho, tan quebrantada por el imperio subsistente del estatuto personal y de las autonomías locales. ¿A cuál necesidad respondería el ministerio público en pueblos donde no incumbe al Estado la conservación del orden jurídico?

Empero, por poco que se desarrolle el progreso político, se hacen sentir nuevas necesidades que propenden a ensanchar la esfera de acción del Estado. Donde quiera que la represión de la delincuencia esté a cargo de la venganza, ora pública, ora privada, fatalmente ha de llegar, con el progreso social, una época en que relajándose la actividad en la persecución de los delincuentes, se empieza a reclamar una intervención más enérgica de parte del gobierno.

Por un lado la atención de los intereses particulares, el apego a las comodidades y a la vida tranquila y el temor a los peligros de la persecución retraen a la víctima y a sus parientes de la tentación de vengarse, ora judicial, ora extrajudicialmente; y por otro lado, la desidia natural de los

(*ez*) Pardessus, *L'Organisation judiciaire*, pag. 191

jueces, su indolencia ante males que ordinariamente sólo afectan a los desvalidos, sus complacencias para con los poderosos y el temor a descubrir en la pesquisa responsabilidades temibles, les retraen así mismo de entablar procesos de oficio. Sea por efecto de unas causas o de otras, ello es que en un momento dado empieza a crecer el número de los delitos que quedan impunes, decayendo el ánimo de las víctimas para denunciarlos y el de los jueces para pesquisarlos. Era lo que, según parece, ocurría en Roma a los principios del Imperio, esto es, hacia la época en que la molicie y la poltronería disuadían a los romanos de la tentación de comprometer su tranquilidad en persecuciones odiosas (*da*). En tales circunstancias, cuando nadie quiere molestarse, cuando los jueces mismos flaquean, la delincuencia crece más y más alimentada por la impunidad hasta que el gobierno se resuelve a reprimirla contra todas las tradiciones jurídicas, estableciendo una institución nueva, realmente revolucionaria, que suple la inacción de las víctimas y vela porque los jueces no se duerman ni prevariquen.

La institución del ministerio público es, de consiguiente, por sus orígenes tanto como por su naturaleza, una afirmación de aquella potestad de que todo gobierno debe estimarse armado para velar por la conservación del orden; y aunque en algunos Estados, por ejemplo en Chile, los promotores fiscales y los procuradores públicos forman parte integrante de la organización judicial, no se comete error

---

(*da*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. I, pág. 363.

Por de contado, la impunidad ha de ser más general en aquellos pueblos donde los procesos criminales no se pueden instaurar de oficio. De una encuesta que hacia 1856 se hizo en Inglaterra ,para jusfificar la institución del ministerio público, resulta que con el régimen entonces vigente de la acusación privada quedaban impunes muchos delitos por falta de interés, de tiempo, de recursos o de ánimos de parte de las víctimas para perseguir y que no eran raros los casos en que los procedimientos penales se suspendían por efecto de colusiones o transacciones entre acusados y acusadores. Gneist, *Constitution Communale de L'Angleterre*, t. IV, pag. 25.

alguno allí, por ejemplo en Francia, donde más bien se les tiene por agentes gubernativos encargados ante la justicia de auxiliarla y secundarla en la obra de restablecer el orden jurídico (*d b*).

Cuando la reyecía, dice Faustin-Hélie, propendió a convertirse en centro de todos los intereses del Estado, en único representante de la sociedad entera, fluyó como consecuencia natural que incumbía al rey la represión de la criminalidad; y bajo la inspiración de este nuevo criterio, no sólo aceptado sino impuesto por la corona, se hizo indispensable crear funcionarios que la representaran en el cumplimiento de este deber. Existían de antemano unos empleados llamados procuradores que estaban encargados de defender ante la justicia los intereses particulares del monarca; y tanto porque no se quería aumentar las cargas del Estado cuanto porque no se hacía mucha diferencia entre la hacienda privada de los reyes y la hacienda pública del Estado, se encargó a estos mismos empleados primeramente defender los intereses fiscales, y en seguida compeler a la justicia a pesquisar los delitos que no fuesen denunciados por las víctimas. Tal fué en Francia el origen del ministerio público (*d c*).

Sustancialmente no ocurrieron las cosas de manera diferente en el resto de Europa: en todas partes nació tardíamente el ministerio público como institución complementaria de gobiernos autocráticos y paternales que habían tomado a su cargo la guarda del orden. En Venecia, solo en el siglo XIV, cuando ya el Consejo de los Diez había alcanzado la plenitud de su desenvolvimiento autocrático, unos abogados que a los principios no tenían más función que la de defender ciertos intereses fiscales, fueron encargados también de la de promotores del crimen (*d d*).

(*d b*) Faustin-Hélie, *Traite de l'Action Publique et de l'Action Civile*, N° 655.

(*d c*) Faustin-Hélie, ob. cit., N° 360 à 368.

Esmein, *Histoire de la Procedure Criminelle*, pag. 100 et 101.

(*d d*) Sclopis, *Histoire de la Legislation Italienne*, t. I, pag. 260 et 522.

En el Imperio germánico la institución del ministerio público aparece por primera vez en la Ordenanza Nacional (*Landes ordnung*) de Baviera, promulgada en 1553, esto es, en la época del mayor auge del poderío imperial (*d e*).

Por último, en España, las *Siete Partidas*, compuestas entre los años de 1256 y 1265, no traen la menor alusión al ministerio público; y solo en la Recopilación de 1566 aparecen ordenanzas dictadas en 1431 y en 1436, que instituyeron los procuradores y promotores fiscales del crimen (*d f*).

En el establecimiento de esta nueva institución, los monarcas de la Edad Moderna nada tuvieron que inventar porque se concretaron a remedar lo que de antemano estaba establecido en la organización eclesiástica. En efecto, desde que en el siglo XIII reasomaron las herejías, la Iglesia había estimado indispensable perseguirlas activamente para conservar la unidad religiosa, y no satisfecha con facultar a la Inquisición para pesquisarlas de oficio porque temía la natural desidia de los jueces, había instituído a su lado un promotor fiscal encargado de excitarlos y auxiliarlos en las indagaciones. Con tanta y tan terrible eficacia se ensañó aquel funcionario contra los herejes, que todos los monarcas europeos se sintieron tentados a crear uno semejante que procediera contra los malhechores (*d g*).

Esta parte pública, dice Faustin-Hélie, que tan rápidamente se afianzó sobre las ruinas del régimen feudal, debe tenerse por una de las más admirables instituciones nacidas de la Edad Media. Fué ella el signo inequívoco y el resultado más útil del movimiento de centralización monárquica que hacia el siglo XIV se efectuaba en todas las naciones. A los esfuerzos débiles de las víctimas, ella subs-

---

(*d e*) Esmein, *Histoire de la Procédure Criminelle*. pag. 301 et 312.

(*d f*) El *Fuero Juzgo* había instituído la acción popular para denunciar los homicidios y había autorizado al juez para perseguirlos de oficio. Lib. VI, tít. V, leyes 14 y 15.

(*d g*) Esmein, *Histoire de la Procédure Criminelle*, pag. 299.

tituyó la acción de la autoridad pública, y a la lucha de las fuerzas individuales, el poder de la fuerza social (*d h*).

§ 92. El tercer beneficio que en el orden judicial deben los pueblos á la autocracia es la diversificación de la justicia con carácter técnico.

En rigor, no es posible la administración personal de la justicia por el príncipe sino en Estados municipales muy pequeños, donde la parvidad de la población, la escasez del comercio y de las relaciones jurídicas, el derecho consuetudinario de la venganza y la suspensión de las funciones propiamente gubernativas durante la paz le dan tiempo para entender en los pocos asuntos judiciales que ocurren.

Desde que el territorio crece, y se desarrollan la agricultura y el comercio, y se aumenta la población, y se transfiere al Estado la represión de la delincuencia, el príncipe se ve precisado o bien a ir de ciudad en ciudad enderezando entuertos y castigando delitos (y molestia tan grave no provee, sin embargo, sino muy intermitente y muy deficientemente a la necesidad permanente de la justicia) o bien a delegar el desempeño de las funciones judiciales en manos de terceros, formando así un personal especial que las ejerza por todo el Estado en su nombre.

Según cuenta el *Exodo*, Moisés solia pasar días enteros administrando justicia sin dar abasto a todas las necesidades judiciales. « Te consumes, le observaba Jethró, tú y tu pueblo en un trabajo vano, que es superior a tus fuerzas y que tú solo no puedes soportar. Lo que debes hacer es nombrar jueces que fallen los asuntos de menor importancia ». Oído lo cual, hizo Moisés lo que se le aconsejaba e instituyó unos jueces que le subrogaran en la administración de justicia (*d i*).

No hay en esta leyenda nada que no sea perfectamente verosímil. En el fondo la justicia no se ha diversificado de otra manera en parte alguna.

(*d h*) Faustin-Hélie. *Traité de l'Action Publique et de l'Action Civile*, N° 605.

(*d i*) *Exodo*, cap. XVIII, § 14 a 26.

En el antiguo Egipto, todos los jueces, tanto los inferiores como los superiores, dependían del rey, y su calidad originaria de simples delegatarios suyos la prueba el hecho de que él podía avocarse el conocimiento de todas las causas, fuese para fallarlas personalmente, fuese para encargar su fallo a otros funcionarios (*d j*).

Así mismo en la India, correspondía al rey, según las leyes de *Manú*, la administración de justicia; pero cuando él no podía ejercerla por sí mismo, especialmente cuando para ejercerla tenía que trasladarse a ciudades lejanas, la delegaba en súbditos de su confianza (*d l*).

No de otra manera se diversificaron las funciones judiciales en los siglos medios.

En la monarquía franca, bajo de los merovingios, el conde de palacio (*comes palatii*) reemplazó al rey en la administración de la justicia; y el conde de distrito, que bajo de la misma dinastía fué simple ejecutor de los fallos judiciales, se convirtió bajo de los carlovingios en juez ordinario, nombrado por la corona. Los mismos condes así como los duques y demás señores feudales, que al tornarse hereditarios desde el siglo IX adelante conservaron la prerrogativa de administrar la justicia, se cansaron en breve de esta tarea y encargaron a súbditos suyos que la desempeñasen en su nombre (*d m*).

(*d j*) Dareste, *Études de l'histoire du Droit*, pag. 9.

(*d l*) *Leyes de Manú*, cap. VII, § I a 3 y 9 a II.

(*d m*) Babeau, *Les Assamblées générales*, troisième partie, chap. II, pag. 73 et 74.

Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, págs. 14 y 15.

Con referencia al Reino visigodo, dice Martínez Marina, que « el soberano ejercía privativamente en todas las provincias el alto señorío de justicia y el supremo imperio por medio de magistrados políticos, civiles y militares que en tiempo de los godos y en los primeros siglos de la monarquía legionense, se llamaron *duques* y *condes*, títulos de oficio y no de honor como al presente, y algunos solían reunir la jurisdicción civil, política y militar ». Martínez Marina, *Ensayo sobre la Legislación y principales Cuerpos legales*, etc., pág. 67.

No satisfechos con esta delegación, adoptaron los monarcas medioevales dos prácticas judiciales: la una, que ya hemos estudiado, fué la de recorrer el reino para administrar personalmente la justicia y corregir los abusos de los jueces locales; y la otra fué la de nombrar comisarios que ya con el carácter de ocasionales, ya con el de permanentes, velasen en los lugares lejanos de la Corte por el correcto desempeño de las funciones judiciales.

Son conocidos en la historia judicial los *missi dominici*, comisarios que, con el objeto indicado, constituyó Carlomagno; y aun cuando desaparecieron hacia fines del siglo IX, esto es, cuando los grandes establecieron, merced a la debilidad de la reyecía, la justicia feudal independiente, se los encuentra en épocas posteriores nombrados por la corona para que trasladándose a ciudades lejanas, fallasen en nombre del rey ciertas causas particulares (*d n*).

En Inglaterra, los jueces ambulantes (*itinerant justices*) fueron instituídos bajo el reinado de Enrique I (1100 a 1135) y reconocidos y afianzados por la *Magna Charta*, subsisten hasta nuestros días (*d ñ*); y en España, desde los siglos de la monarquía gótica, solia el rey nombrar comisarios para que fuesen a las provincias a reprimir abusos y a fallar ciertas causas (*d o*).

De esta práctica traen su origen en España los famosos funcionarios conocidos con los nombres de *corregidores* y de *alcaldes de casa y corte*, y merced a ella, desaparecieron en la península los últimos restos de la primitiva justicia popular. Es interesante la historia de sus origenes.

Durante los siglos medios, en casi todas las ciudades la justicia, tantq la civil como la penal, se administraba en

(*d n*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 526.

Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 48 et 114 à 117.

(*d ñ*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, t. I, leçon XXVI, page 387, et t. II, leçon V^e^, pag. 68.

(*d o*) Martinez Marina, *Teoria de las Cortes*, t. II, cap. XXI, página 250.

representación del pueblo por jurados, jueces y alcaldes que cada ayuntamiento o concejo municipal nombraba. Pero cuando esta justicia local provocaba protestas por su desidia, por su parcialidad, por sus iniquidades, la corona solía nombrar, ora de oficio, ora a solicitud de las víctimas, comisarios que fuesen a restablecer el imperio del derecho. Porque ordinariamente eran nombrados de entre los sirvientes, como entonces se decía, de la corte y casa real, se les llamaba *alcaldes de casa y corte* para distinguirles de los alcaldes ordinarios, nombrados por los ayuntamientos.

El nombre de *corregidor* con que también se les distinguió aparece por primera vez en las Cortes de León en 1387, bajo el reinado de Alfonso XI, y viene directamente del latín, a diferencia de la palabra *alcalde*, tomada sin traducción del árabe.

Cuando el Imperio romano empezó a consolidarse, los oprimidos de las provincias ocurrían al príncipe en demanda de amparo contra las justicias y gobiernos locales, y éste ponía la mayor solicitud en ampararles porque procediendo así no solo extendía con el apoyo de los pueblos su jurisdicción y poderío sino también se captaba adhesiones calurosas e interesadas que afianzaban su situación. Para que en representación suya fuesen con plenos poderes a reprimir los abusos, nombraba entre otros funcionarios, unos llamados *correctores* (*dp*). Como quiera que los

---

(*dp*) Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. I, pag. 115 et 225, et t. II, pag. 23 à 25.

«Hasta mediados del siglo XI, dice Hinojosa, los diplomas y los fueros de León y Castilla, sin excepción conocida hasta ahora, usan la palabra *judex* para designar a los funcionarios encargados de la administración de justicia. Había jueces en las ciudades y en los alfoces, según el fuero de León, y aun mucho tiempo después se emplean para designarlos los términos de *judex* y de *justicia*. Hubo territorios, como el de Galicia, donde no arraigó el nombre de *alcalde* hasta principios del siglo XIII. Los Mozárabes introdujeron este nombre en el reino de León, pero no la institución designada con él, que existió siempre entre los cristianos independientes. El vocablo de *alcalde*, sinónimo de juez, como el de alfoz, usado en lugar de territorium... penetró y adquirió carta de naturaleza

alcaldes de casa y corte eran nombrados en los reinos españoles para desempeñar misiones análogas, el culteranismo les aplicó el mismo nombre *corregidores*.

A los principios, los corregidores se nombraban ocasionalmente para casos particulares, las más de las veces «a pedimento de los querellosos o de los pueblos», pero también de oficio. En todo caso su remuneración corría de cargo a los ayuntamientos.

Con el propósito de evitar tanto el gravamen imprevisto cuando la supeditación de las justicias municipales, los pueblos exigieron de la corona insistentemente en las cortes que se abstuviese de enviarles corregidores de oficio; y después de una lucha tenaz, alcanzaron la promesa de que no los enviaría sino cuando lo pidieran los ayuntamientos y cuando los jueces locales administraran mal la justicia. Pero a poco la autocracia naciente, celosa de las autonomías municipales, renovó con mayor desenfado la invasión de las jurisdicciones de los pueblos. Desde el reinado de Fernando e Isabel, la corona empezó a nombrar de oficio corregidores que a las funciones judiciales unían las de gobernador. A los principios eran nombrados sólo por un año; y mientras duraba el desempeño de su misión, quedaban en suspenso los alcaldes de los ayuntamientos. Posteriormente se prorrogaban sus nombramientos por dos, por tres o más años, o por tiempo indefinido hasta que la corona les enviase reemplazante. De esta manera, los corregimientos, de institución real, suplantaron a las alcaldías de institución municipal (*d q*).

Con más o menos resistencia, con más o menos facilidades, la misma evolución se efectuó a fines de la Edad Media en otras naciones europeas. Empleando procedimien-

---

en León y Castilla... sin desterrar por completo los usados anteriormente». Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, págs. 12, 93 y 94.

(*d q*) Bovadilla, *Politica para Corregidores y señores de Vasallos*, t. I, lib. I, cap. I, págs. 16 a 17.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, cap. XXI y XXII

tos substancialmente semejantes, la corona de Francia transfirió la justicia a manos de funcionarios reales llamados *bailios* (*d r*), *prebostes*, *senescales*; la del Imperio germánico, a manos de funcionarios imperiales llamados *burggrafen, landrichter,* y la de Inglaterra, a las de los *ealdermen,* que dependían directamente del rey.

Así mismo, en Dinamarca, donde la justicia fué a los principios administrada por las asambleas generales, quedó a la larga exclusivamente en manos de los prebostes reales que las presidían, porque los hombres libres se retraían de asistir a ellas para rehuir las molestias de las tareas judiciales (*d s*).

Dos son las causas que precisan a los monarcas a delegar la justicia: es la una la imposibilidad de administrarla por sí mismos, imposibilidad que les pone en el caso de instituir en todo el reino agentes que mantengan a los pueblos bajo su jurisdicción (*d t*); y es la otra el invencible apego al ocio y a los placeres de la soberanía que les inspira repugnancia por el estudio de engorrosos litigios y legislaciones enmarañadas.

Delegada la justicia por efecto de estas causas, los jueces reales se instituyen bajo la implícita condición de suplir con su laboriosidad y su saber la pereza y la ignorancia del príncipe. En otros términos, la delegación trae consigo, por virtud espontánea, un profundo mejoramiento de la administración judicial. Merced a ella, la justicia esencial-

---

(*d r*) Según lo que Pardessus dice de los bailios, instituídos por Felipe Augusto entre 1180 y 1190, estos funcionarios desempeñaban en Francia el mismo papel que los corregidores en España. Pardessus, *L'Organisation Judiciaire,* pag. 245 et 246.

Faustin-Hélie, *Histoire et théorie de la Procédure criminelle,* § 72.

(*d s*) Dareste, *Études d'histoire du Droit,* t. II, XIII, pag. 316.

(*d t*) Fué la causa que precisó a los reyes de Francia a nombrar comisarios que presidiesen en su nombre las cortes judiciales de Normandía y de Champagne, cuando ambos feudos quedaron sometidos a la Corona. Pardessus, *L'Organisation Judiciaire,* pag. 124 et 126.

Fournier, *Histoire du Droit d'appel,* pag. 183.

mente impresionista de las asambleas generales y la justicia predominantemente política de los monarcas empieza a ceder el campo a la justicia técnica, que es la única justicia justa, fundada en el doble estudio de los hechos y del derecho.

Pardessus ha expuesto con gran sagacidad la manera como esta evolución se efectuó en el reino de Francia. A los principios, la Corte real, que presidida por el rey administraba la justicia, se componía exclusivamente de próceres y magnates que sobre ser muy ignorantes en puntos de derecho, conceptuaban indigno de su nobleza dejar la espada por el bufete (*changer leurs epées en écritoire*). Hacia la misma época, para substraerse al imperio de las costumbres jurídicas que eran muchas y muy contradictorias, que nadie conocía bien porque no estaban escrituradas y que se afirmaban o negaban alternativamente según el interés de cada cual, se adoptó la práctica de celebrar los contratos con arreglo al derecho escrito, esto es, al derecho romano. Por otra parte, en respeto al uso tradicional, las escrituras respectivas se redactaban en latín tanto por los legistas como por los notarios; y los nobles, llamados a fallar los pleitos, que no las entendían, hubieron de buscar, para asesorarse, burgueses que conocieran esta lengua y el derecho. Precisados los grandes por causa de su ignorancia a conformarse con el dictamen de sus asesores, comprendieron a la larga que hacían un papel desairado, y absteniéndose poco a poco de asistir a la Corte, dejaron que los monarcas la integraran con sujetos burgueses más entendidos y a la vez más dóciles (*du*).

En todas partes, mientras se conserva vivo el recuerdo de la delegación originaria, el príncipe mantiene la facultad de avocarse el conocimiento de las causas y la justicia se administra en su nombre. En comprobación nos dice Dareste que en el antiguo Egipto el rey podía avocarse todos los juicios, ora para fallarlos por sí mismo, ora para confiar

(*du*) Pardessus. *L'Organisation Judiciaire*, pag. 106 a 111.

su fallo a otros jueces; y Freycinet acredita que en la isla de Timor, el rey hace lo mismo cuando lo cree conveniente. Por lo tocante a Francia, allí siempre se entendió antes de 1789 que los jueces no tenían jurisdicción propia sino delegada; que la administración de justicia era prerrogativa de la corona y que el rey podía en cualquier momento avocarse el conocimiento de los litigios y procesos pendientes (*d v*).

Así mismo, en Inglaterra se entendía hasta fines del siglo XVIII que la administración de justicia era prerrogativa de la corona y que los jueces no la tenían a su cargo sino por obra de una delegación esencialmente revocable. En ejercicio de esta prerrogativa, el rey los nombraba y destituía a su regalada gana; instituía y suprimía tribunales; extendía o restringía su competencia, y podía presidir personalmente las cortes judiciales y avocarse el conocimiento de las causas. Hasta hoy mismo el formulario de los fallos judiciales supone la delegación porque los jueces, conformes con el carácter de simples delegatarios, declaran en las sentencias que las dictan en nombre y representación del monarca (*d x*).

(*d v*) En Francia, fué Luis XV el último monarca que intervino directa y personalmente en la administración judicial. Con fecha 3 de Septiembre de 1770, cuando ya había resuelto sin duda deshacerse del duque de Choiseul, se presentó de repente en el Palais a presidir el parlamento, hizo retirar todos los expedientes relativos al duque de Aiguillon, enemigo personal de dicho ministro, y ordenó que se sobreseyese para siempre en ellos, a pesar de que ya se había dictado una sentencia condenatoria. Maugras, *Le duc et la duchesse de Choiseul*, chap. XVIII, pag. 454 et 455.

Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 705 et 706.

(*d x*) Nous avons vu dans la période précédente, dit Glasson, que le roi, ne pouvant pas présider en personne toutes les séances de sa Cour, on avait constitué de bonne heure un sénat spécial qui depuis Richard I siégeait sous la présidence du grand justicier de toute l'Angleterre, sur le Banc du roi, à Westminster. À partir de la Grande Charte, on donna spécialement le nom de Cour du Banc du roi à celle dont on avait détaché les plaids communs parce que c'est dans cette Cour que fût conservé le Banc du roi. L'existence même de ce Banc implique pour le roi le droit

Restos inequívocos de la delegación originaria es en todos los pueblos civilizados la doble prerrogativa de la gracia y el indulto. Si originariamente no hubiese correspondido a los gobiernos la potestad judicial, es muy dudoso que se hubiese ocurrido al legislador conferirles una prerrogativa que les permite modificar las sentencias penales y aun eximir de toda pena a malhechores que en mérito de pruebas decisivas, la justicia ha declarado convictos y confesos. Sólo la historia puede justificar semejante prerrogativa demostrando que se la instituyó a los principios por efecto inmediato de una delegación revocable de la potestad judicial.

En la práctica son tan funestos los efectos de esta subordinación que espontáneamente se predisponen los pueblos contra ella, y empezando por exigir a los príncipes que no dicten fallos sin asistencia de asesores, acaban por exigirles que se abstengan en absoluto de intervenir personalmente en la administración de justicia. En la legislación indú del Narada, el rey aparece administrando justicia sentado en su trono, con el libro de la ley en la mano y rodeado de asesores; pero se le aconseja deferir al parecer de ellos (*d y*). Tito Livio enuncia entre los actos de tiranía que se imputaron a Tarquino el Soberbio el haber fallado causas judiciales sin asistencia de asesores (*d z*); y bajo el imperio del feudalismo, cuando la justicia pasó a mano de los despóticos próceres de cada reino, sucesivamente se estableció:

de siéger et encore aujourd'hui le roi est censé présent à tous les tribunaux anglais: toute jurisdiction émane du souverain. Mais, de bonne heure les rois cessèrent d'exercer ce droit. Ainsi Blackstone dit que le roi Edouard I prit souvent part à l'administration de la justice; mais le fait est contesté... « Il est certain que Jacques I ayant voulu siéger, les juges ne lui contestérent pas le droit de présider, seulement ils soutinrent que le roi ne pouvait pas donner son avis au tribunal ». Glasson, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, t. III, pag. 249

Franqueville, *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 32.

(*d y*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume primitive*, chap. XI, pag. 513.

(*d z*) Tito Livio, *Décadas*, t. I, lib. I, pág. 82.

1° que no podían dictar sentencias válidas sin asesorarse de hombres entendidos en el derecho; y 2° que no podían ellos ejercer personalmente las funciones judiciales sino que debían delegarlas en sus vasallos (*e a*).

Más tarde, cuando la reyecía acaparó la administración de justicia, gozaron a los principios de mucha popularidad los reyes que desempeñaban personalmente y por sí solos las funciones judiciales; pero una justicia autocrática, que a menudo falla por impresiones, sin pruebas y sin someterse a las lentitudes del procedimiento; que, por otra parte, no admite apelaciones y hace predominar de continuo los motivos políticos contra el derecho, se desprestigia rápidamente.

Las mismas Cortes de Castilla, que rogaban a los reyes se dignasen visitar personalmente los juzgados de todo el reino para reprimir los abusos de los alcaldes y corregidores, reclamaron insistentemente contra la antigua práctica de avocarse ni aun en grado de apelación el conocimiento de las causas judiciales. Y en Inglaterra, después de la revolución de 1652 ningún monarca ha pretendido administrar la justicia por sí mismo (*e b*).

No se detuvo en este punto la evolución orgánica de la justicia. Sin duda, fué grande el progreso que se realizó cuando se hubo conseguido que los príncipes se abstuvieran de ejercer las funciones judiciales; pero con esta abstención, no se logró asegurar por completo ni la independencia, ni la imparcialidad de la justicia.

Sin excepción alguna en todas las naciones europeas, los jueces estaban y siguieron en condición subordinada porque en su carácter originario de simples delegatarios, eran nombrados y amovibles a voluntad de la corona. Tanto los de Francia y España, como los de Inglaterra y el Im-

---

(*e a*) Hallam. *L'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 215.

(*e b*) Franqueville. *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 33.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, págs. 285, 304 y 305.

perio germánico, podían ser removidos gubernativamente y sin causa, por simple capricho, por el solo deseo de confiar las vacantes a otros más complacientes. ¿Cómo habrían podido administrar justicia igual e independiente, justicia a favor de los débiles y en contra de los poderosos, jueces cuya suerte estaba en manos de magnates que no ejercían el poder sino para abusar de sus prerrogativas?

Con rara unanimidad, los mismos pueblos que habían luchado por la institución de funcionarios especiales que administrasen la justicia empezaron a luchar por su inamovilidad. Procedieron así, no por inspiración de doctrinas abstractas; acaso en teoría sería difícil encontrar razones que justifiquen el carácter vitalicio de los cargos judiciales. Exigieron la inamovilidad bajo la presión de la necesidad que se sentía de garantizar la independencia de la justicia, constantemente amenazada por el peligro permanente de la remoción de los jueces.

Los monarcas no opusieron mayor resistencia para ceder a estas reclamaciones cuando se persuadieron a que fácilmente podían poner a salvo sus intereses contra la independencia judicial. Empezaron por instituir la justicia administrativa para que conociera en todos aquellos casos en que la corona o el fisco eran parte; y en seguida decretaron la inamovilidad de los jueces. Una ordenanza de 1467 declaró en Francia que los cargos de bailíos o senescales no vacarían sino por muerte, renuncia o destitución de los titulares; y una ley de 1700 dispuso en Inglaterra que los jueces permanecerían en sus puestos durante su buen desempeño, y que sólo se les podría destituir a consecuencia de representaciones de las Cámaras Legislativas (*e e*).

Independientemente de estas declaraciones, conspiró a establecer la inamovilidad de los jueces la venalidad de los

(*e e*) Faustin-Hélie, *Histoire et théorie de la Procedure criminelle*, pag. 440.

Franqueville, *Le Systeme Judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 383 et 384.

Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Revolution*, chap. IV, pag. 103.

cargos judiciales, porque para tener interesados en las subastas, era indispensable empezar dando a los subastadores la seguridad de que no serían removidos sino por causas legales. En España, donde en hora muy temprana se prohibió la venta de los cargos judiciales, nunca se pudo conseguir antes de la Edad Contemporánea ni la inamovilidad, ni la independencia de los jueces (*e d*).

Así queda al fin la justicia emancipada de la reyecía y constituída en un poder que comparte con los otros la soberanía. Una delegación, que a los principios es esencialmente eventual, voluntaria y revocable y que los monarcas hacen ora por librarse de molestias, ora por servir mejor a sus súbditos, se torna a la larga permanente y obligatoria, dando origen a una institución superior que actúa por sí misma e independientemente. No importa que en algunas monarquías, por ejemplo en Inglaterra, donde se conservan las fórmulas vanas de la delegación originaria, se siga administrando la justicia en nombre del rey. Este mandato nominal no da al príncipe autoridad alguna sobre los tribunales, no le faculta para reasumir las funciones judiciales, ni para fiscalizarlos, ni para residenciarlos, ni para recibir apelaciones contra los fallos, así como tampoco le acarrean responsabilidad alguna los desaciertos y abusos que sus jueces cometan (*e e*).

En suma, diremos, modificando una observación de Guizot, el progreso más notable que el orden jurídico alcanzó bajo de las autocracias modernas fué convertir la adminis-

---

(*e d*) Solorzano Pereyra, *La Política Indiana*, t. II, lib. VI, cap. XIII, incisos 2 y 3.

«En fin, la vénalité, dit Louis-Lucas, quelque irrationnelle qu'elle fût, eût pour résultat très-heureux d'affermir et d'engendrer peut-être l'un des principes les plus salutaires de notre droit public: nous voulons dire l'inamovilité, principe qui proclamé en 1467, doit être considéré... comme une garantie absolue d'indépendance de la Magistrature, et partant, comme la sauvegarde la plus tutélaire du justiciable». Louis-Lucas, *La Vénalité des Charges et Fonctions publiques*, t. II, chap. I, § III, pag. 41.

(*e e*) Bentham, *Œuvres*, t. III, pag. 10.

tración de justicia en una función especial, que desempeñada independientemente por los legistas, se subrogó a la justicia empírica de las asambleas populares y a la justicia política de los monarcas (*e f*).

§ 93. Los efectos que la delegación de las funciones judiciales ocasiona en la organización del Estado no se reducen a la formación de un personal técnico e independiente de jueces, porque a la misma evolución deben originariamente su existencia los tribunales superiores y en especial los de alzada.

Para determinar con acierto los orígenes de los unos y de los otros, debemos empezar por establecer las diferencias más capitales que los caracterizan y distinguen.

A diferencia de los tribunales de alzada, que nacen en grados más o menos adelantados del desarrollo judicial y que conocen en segunda instancia de toda clase de causas, los tribunales superiores se encuentran instituídos aun en pueblos que no han salido del estado de barbarie y su competencia se limita a juzgar ciertas causas, ordinariamente criminales, que ora por su naturaleza, ora por la dignidad de los litigantes, revisten excepcional importancia.

Por de contado, hay estados sociales de avanzada cultura donde también surgen los tribunales superiores, llamados a la vida por premiosas necesidades políticas. Por ejemplo, siempre que por obra de circunstancias sociales se forma una aristocracia privilegiada, se hacen necesarios los tribunales superiores porque ella no se aviene a someter sus causas a los tribunales comunes.

Empero, originariamente los tribunales superiores nacen cuando el administrador de la justicia, sintiéndose abrumado por la multiplicidad de los asuntos judiciales y no queriendo renunciar por completo al ejercicio de tan alta prerrogativa, empieza a delegar en hombres de su confianza el conocimiento de las causas menos importantes, reservando para sí el de las más graves. Esta separación o selección

(*e f*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. IV, leçon XI, pág. 84.

de causas, que da origen a los tribunales superiores, viene a los principios como consecuencia de las primeras delegaciones, que no pueden ser absolutas sino parciales, y es tan espontánea que bajo la administración judicial de los pueblos se opera lo mismo que bajo la de los reyes.

Según el *Éxodo*, Moisés, que de la mañana a la tarde administraba justicia a su pueblo sin dar abasto, instituyó como cooperadores unos jueces a quienes dió competencia para juzgar sólo las causas de menor importancia, reservándose implícitamente el juzgamiento de las más graves (*e g*); y de unos pasajes de Tácito parece inferirse que entre los germanos, la asamblea general sólo conocía en las causas criminales de la mayor gravedad y nombraba jueces para que sin intermitencias ejerciesen la jurisdicción ordinaria (*e h*).

De análoga manera, esto es, por delegación, se constituyeron los primeros tribunales de alzada que la historia recuerda.

Cuando los emperadores romanos tenían que resolver cuestiones de alguna importancia, nunca las fallaban sin someterlas previamente al estudio de sus áulicos y favoritos. La misma práctica siguieron cuando las poblaciones de las provincias empezaron a entablar ante ellos quejas contra los funcionarios políticos y verdaderos recursos de apelación y de casación contra los magistrados judiciales. Sea con el propósito de dictar fallos acertados, sea con el de eludir el trabajo personal, confiaban el estudio y las investigaciones a los cortesanos que les rodeaban, aun cuando no desempeñasen cargo político alguno. Por efecto de esta práctica, se constituyó a la larga con los sirvientes de palacio, con los libertos del príncipe, con sus áulicos y amigos un verdadero Consejo de Estado que se conoció bajo el nombre de *Consistorium* o *Auditorium Principi*, y que solo fué organizado oficialmente y a firme en el siglo II,

---

(*e g*) *Éxodo*, cap. XVIII, § 22.

(*e h*) Tácito, *Germania*, XI et XII.

por el emperador Adriano. Pero la evolución de aquel organismo no se paralizó en este punto porque habiendo aumentado la repugnancia de los emperadores a molestarse con el conocimiento de cuestiones particulares y habiéndose substraído a las deliberaciones de sus consejeros, empezaron por conformarse con todos los dictámenes que emanaban del *Consistorium* y acabaron por darle jurisdicción para que fallara los recursos en representación y nombre del príncipe (*e i*).

Prácticas análogas dieron origen en Castilla a una institución muy semejante. Desde los tiempos de la monarquía visigoda, que trató de remedar la organización del Imperio Romano, acostumbraba el rey a tomar el parecer de sus sirvientes personales y de los dignatarios de su palacio sobre cuantos asuntos tenía que resolver. En especial se los pedía sobre las querellas y recursos que sus súbditos entablaban contra los poderosos o contra los fallos inícuos de los jueces locales. Como quiera que este Consejo no había sido instituído para administrar justicia ni para nada, no tenía residencia fija ni competencia propia. y sus miembros lo integraban sin nombramiento, porque en cada caso el monarca pedía dictamen a quienes le daba la gana de entre la turba multa de áulicos y cortesanos que le seguían por donde quiera que iba. Por primera vez, bajo el reinado de San Fernando, se dió legalmente (1245) a este Consejo competencia para conocer en ciertos negocios de especial importancia y en los recursos de alzada que se entablaran contra los fallos de los otros tribunales (*e j*). Mas, como la multiplicidad de los asuntos administrativos

(*e i*) Fournier. *L'histoire du Droit d'Appel*, pag. 55 a 59.
Ortolan. *Histoire de la Legislation Romaine*, § 51 et § 70.
Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. I, lib. II, cap. IX, § I.

(*e j*) Según Mariana, «dícese que este rey (don Fernando el Santo, muerto en 1252) inventó e introdujo el Consejo Real que hoy en Castilla tiene la suprema autoridad para determinar los pleytos. Señaló doce oydores a cuyo conocimiento perteneciesen los negocios mayores, y los pleytos que en los otros tribunales se tratasen por vía de apelación con las 1500

y la complejidad de los contenciosos no permitían ya que un solo cuerpo tuviese a su cargo dos clases tan heterogéneas de funciones, paulatinamente se empezó a desdoblar el Consejo, confiándose el estudio y fallo de las cuestiones judiciales a aquellos cortesanos que tenían algún conocimiento del derecho. Sin duda por efecto de esta diversificación, encontramos en el mismo siglo XIII, bajo el reinado de don Alfonso el Sabio, radicada esta competencia en aquellos famosos funcionarios que porque tenían su asiento oficial en el palacio real, se conocieron con el nombre de *alcaldes de Casa y Corte* (*e l*). En 1371, se dió un nuevo paso en el proceso de la diversificación instituyéndose sobre la base de este cuerpo de consejeros judiciales, como tribunal de alzada para todo el reino, la primera Real Audiencia que hubo en España. Pero que aun después de aquel año conservó este tribunal el carácter de simple consejo real, sin independencia alguna y sin competencia propia, lo prueba por sí solo el hecho de haber quedado sujeto a la irrenunciable obligación de los cortesanos, la de seguir al monarca a donde quiera que fuese. El nombre de *Corte* que en muchas naciones se da a los tribunales de alzada viene precisamente de que el primero de ellos no fué a los principios más que una reunión de los áulicos, dignatarios y favoritos de palacio, o sea de los cortesanos. Sólo años más tarde, entre los de 1379 y 1425, se asignó a la Real Audiencia asiento fijo por insistente pedido de las Cortes legislativas (*e m*).

En Inglaterra, antes del siglo XI, la asamblea de los gran-

---

doblas que deposita el que apela y las pierde en el caso que se dé sentencia contra él». Mariana, *Historia de España*, t. III, lib. XIII, capítulo VIII, pág. 271.

Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la Legislación y principales Cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, páginas 54 a 58.

(*e l*) Des Essart, *Histoire générale des Tribunaux*, t. II, pag. 358.

(*e m*) Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, pág. 90.

Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, págs. 292, 301 a 304.

des llamada *Witenagemot*, se congregaba tres veces al año en el lugar donde el rey se encontraba. Concretábase su oficio a dar su parecer a la corona sobre todos los asuntos de interés público, y en especial sobre la manera como se debían fallar aquellas causas que competían a la jurisdicción real. Después de la conquista normanda, se empezó a formar al rededor del monarca con sus domésticos, con sus favoritos, con los dignatarios de la corona una corte o cuerpo permanente de consejeros que se llamó *curia* o *aula regis* y que le seguía adonde quiera que fuese. Como quiera que el ducado de Normandia reclamaba de continuo la presencia del rey de Inglaterra, Guillermo I instituyó un nuevo dignatario, un *justiciar*, para que durante sus ausencias presidiera en reemplazo suyo la corte. A la larga se hastiaron los monarcas de la tarea de estudiar y fallar cuestiones particulares, que no tenían atingencia con el interés público; y sin renunciar a la prerrogativa de avocarse las causas, dejaron que sus consejeros las fallasen por sí solos en nombre de la corona, presididos por el *justiciar* (*en*).

Respecto de Francia, hemos visto más arriba que a lo menos desde el siglo VI se reunía tres o cuatro veces por año la asamblea de los grandes, análoga a la llamada *Witenagemot* entre los anglo-sajones; y que dicha asamblea, conocida a los principios bajo los nombres de *conventus*, *congregatio*, *concilium*, *curia plena*, *coronota*, *solemnis*; fué llamada también, por lo menos desde 1108, *parlamento*, dejándose adivinar su carácter meramente deliberante (§ 59, nota (*fe*) y (*fg*)).

Hacia la misma época la *curia regis*, esto es, la corte real, compuesta de los dignatarios, clientes y domésticos del palacio, formaba un cuerpo más íntimo de consejeros que asesoraba al rey tanto en los asuntos administrativos

(*en*) Blackstone, *Commentaires sur les Lois Anglaises*, t. IV, chap. IV, pag. 57 à 60.

Franqueville, *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 372 à 374

como en los judiciales. Según se infiere de las noticias que nos han llegado de la *curia regis*, no tenía ella días fijos para deliberar sobre los asuntos que interesasen a la corona y al Estado; pero en lo tocante a los judiciales, no funcionaba sino en las mismas épocas del año en que se reunía la asamblea solemne de los grandes. De esta circunstancia provino que como los litigantes preguntasen cuándo habría parlamento para saber cuándo habría administración de justicia, a virtud de una muy explicable trasposición se empezó a dar el nombre de *parlamento* a la *curia regis* cuando se reunía presidida por el monarca, para fallar los asuntos judiciales (*e ñ*).

A los principios todos los dignatarios y domésticos que componían la corte real, eran igualmente competentes para asesorar al rey, tanto en los asuntos administrativos como en los judiciales; pero cuando fué menester confiarse a los legistas para administrar con acierto la justicia, la *curia regis* se dividió, hacia 1318, como lo había hecho antes la de España, en dos secciones, la del Consejo, compuesta exclusivamente de próceres, y la del parlamento, compuesta principalmente de doctores en derecho (*e o*). La facultad que

---

(*e ñ*) Pardessus, *L'Organisation Judiciaire*, pag. 74 et 119.

Joinville, que siempre se contó entre los cortesanos de San Luis (noveno de su nombre) pintó de *visu* la manera como este monarca componía su corte y administraba la justicia.

« Le roi (dice)... gouverna sa terre bien et loyalement et selon Dieu... Il avait sa besogne reglée en telle manière que monseigneur de Nesle et le bon comte de Soissons et nous autres qui étions autour de lui, qui avions ouï nos messes, allions ouïr les plaids de la porte qu'on apelle maintenant les requêtes. Et quant il revenoit dou moustier, il nous envoioit querre, et s'asséoit au pié de son lit, et nous fesoit touz asseoir entour li, et nous demandoit se il y en avoit nulz à delivrer que on ne peust delivrer sanz li; et nous les li nommiens, et il les faisoit envoir querre. . Et se traveilloit ainsi li sainz hom, à son pooir, comment il les metteroit en droite voie et en raisonable ». Joinville, *Histoire de Saint Louis*, § 57 et 58.

(*e o*) Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration Française*, t. I, chap. I, § II, et chap. VIII, § VI.

Pardessus, *L'Organisation Judiciaire*, pag. 77.

hasta 1789 conservaron los parlamentos o tribunales superiores de hacer reglamentos con carácter de leyes provisionales y sobre todo, de registrar y representar por ilegales las ordenanzas reales y que las Cortes de Cuentas conservan respecto de los decretos de pago, es un indicio del carácter político que tuvieron en sus orígenes (*e p*). Cuando esta facultad les fué quitada, se les autorizó, como lo hace el artículo 5 de nuestro Código Civil, para representar anualmente al gobierno los defectos y vacíos que hubiesen notado en las leyes al aplicarlas en la administración de la justicia.

Como en España, como en Inglaterra, la corte real de Francia seguía al rey a donde quiera que fuese, y solo en 1302 se fijó su residencia a firme en París. En el Imperio germánico, la cámara imperial conservó todavía durante dos siglos su carácter ambulante, como que no se la fijó definitivamente en Franfort del Mein hasta 1495 (*e q*).

Desde que el parlamento de Francia quedó arraigado en París y, sobre todo, desde que se limitó su competencia a los asuntos judiciales, los monarcas se desinteresaron de sus deliberaciones, y con el hecho de dejar de presidirlo, dieron aire a su independencia.

Dado que en sus orígenes se concretan estas cortes a administrar, en nombre del príncipe, la justicia de única instancia, es muy interesante determinar cómo, sin ley alguna que extienda o modifique su competencia, se transforman espontáneamente a la larga en tribunales de casación y de alzada.

Para empezar nuestro estudio, desvaneciendo un prejuicio, anticipémonos a prevenir que no son unos mismos los orígenes de la competencia para la casación y los de la competencia para la alzada.

Mientras una entidad cualquiera administra la justicia por

(*e p*) Laferrière, *Histoire du Droit Français*, t. I, liv. V, pag. 214. Pardessus, *L'Organisation Judiciaire*, pag. 118 à 120 et 220.

(*e q*) Dareste de la Chavanne, ob. cit., t. I, chap. VIII, § II.

derecho propio, no caben ni los tribunales de casación, ni los de alzada. Sea el pueblo entero, sea el príncipe solo, sea el sacerdocio, sea la oligarquía, la entidad que en tales condiciones desempeña las funciones judiciales dicta en una sola instancia fallos definitivos porque no hay ni puede haber sobre ella otra que esté investida de autoridad superior para reverlos, modificarlos o anularlos.

A la inversa, desde que la justicia se empieza a administrar por delegación, propende espontáneamente a formarse una jerarquía judicial porque en todo caso se entiende que el delegante conserva su autoridad propia y puede en ejercicio de ella confirmar, revocar o modificar los fallos dictados por el delegatario. No son otros los orígenes de los tribunales de alzada. Por de contado, dice Spencer, cuando un jefe se vale de sus servidores para administrar justicia no les confiere jurisdicción absoluta, reservándose siempre la facultad de revisar los fallos. Hállase establecida esta práctica aun en sociedades salvajes, por ejemplo, en los pueblos de las islas de Sandwich, donde el que no se conforma con la sentencia de su juez apela al gobernador, y del gobernador al rey (*er*).

Prescindamos de aquellos casos en que aparecen los legisladores confiando a tal o cual entidad, con propósitos ostensiblemente políticos, la facultad de rever los fallos judiciales. Cuando Solón dió competencia al pueblo ateniense para fallar las causas en última instancia, y cuando las leyes Valerias autorizaron en Roma a los comicios de tribus para rever las sentencias criminales que impusieran pena de muerte, acaso no hicieron en el fondo sino reconocer que primitivamente había correspondido al pueblo la función judicial; pero no contemos estos casos entre los que confirman nuestra doctrina porque evidentemente en el uno y en el otro la alzada no nació espontáneamente, sino que fué instituída por los legisladores, con el propósito de robustecer en el gobierno del Estado las influencias demo-

(*er*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 527.

cráticas. Ya lo dijo Aristóteles al comentar la reforma de Solón: dueño de la justicia, el pueblo se hizo por lo mismo dueño del Estado (*es*).

Siglos más tarde aparece funcionando en la misma Roma un verdadero tribunal de alzada, formado sin intervención del legislador, por el solo efecto de la práctica universal de recurrir al juez delegante por vía de apelación o de queja cuando los fallos del delegatario nos infieren agravio. En efecto, cuando los primeros emperadores estaban entregados a la tarea de consolidar su poderio, adoptaron la doble práctica de administrar justicia por si mismos y de facultar a sus lugartenientes, a sus gobernadores o a funcionarios especiales para que la administraran en su nombre en las provincias; y ordinariamente acontecia que cuando las partes interesadas no se conformaban con el fallo de un delegatario, ocurrían en grado de queja al César. Pero la mayor parte del tiémpo no era el emperador mismo quien se ocupaba en la poco grata tarea de estudiar y rever los fallos, porque cuando no tenía algún interés especial que le moviese a intervenir personalmente, la dejaba encomendada a su consejo de áulicos llamado, como queda dicho, *auditorium* o *consistorium principi*. Como bien se comprende, cuanto más se desinteresaba el César de estas cuestiones, más se consolidaban la jurisdiccion y la autoridad de su Consejo. Cuando Adriano reorganizó a firme esta institución, dándole existencia legal, no hizo más que sancionar lo establecido porque de largo tiempo atrás ella desempeñaba de hecho las funciones de verdadera corte de alzada (*et*).

Exactamente de la misma manera nacieron los tribunales de alzada en cada una de las monarquías que se desgajaron

(*es*) Aristóteles, *La Republique Athenienne*, § 3 et 9.
Tito Livio, *Decadas de la Historia Romana*, t. I, lib. III, pág. 113.
Faustin-Hélie, *De la Procédure criminelle*, § 9.

(*et*) Mommsen, *Derecho Penal Romano*, t. I, lib. II, cap. IX, § 3, y lib. III, cap. VIII, § 5.
Faustin-Hélie, *Histoire et theorie de la Procédure criminelle*, § 25.

del Imperio Romano. En cada una de ellas, el monarca asumió el ejercicio del Poder Judicial, asesorado por sus cortesanos; en cada una de ellas, la corona confió a funcionarios especiales la misión de administrar la justicia en los pueblos situados a distancia de la corte; en cada una de ellas, se estableció espontáneamente la práctica de apelar ante el rey contra los fallos de los jueces delegatarios; y en cada una de ellas, la corte de áulicos que le asesoraba quedó convertida en verdadera corte de apelaciones cuando por ineptitud y pereza, renunció él de hecho a la molesta tarea de ejercer personalmente las funciones judiciales (*e u*).

Diferentes fueron los origenes de la casación. Si la alzada se establece por efecto de la facultad que todo poder soberano se reserva de rever las decisiones de sus delegados, la casación se establece generalmente por efecto de la facultad que las autocracias populares se arrogan de reprimir en bien de los débiles las iniquidades de los poderosos.

Bajo el respecto jurisdiccional, los súbditos del Imperio Romano estaban sometidos o bien a los jueces imperiales, o bien a los jueces senatoriales, o bien a los tribunales y jueces locales que venían de tiempos anteriores a la conquista. Pues bien, contra los fallos de los jueces imperiales y senatoriales se apelaba respectivamente al emperador y al senado, esto es, a las autoridades delegantes. Contra los fallos de los jueces locales, no se apelaba, sino que se entablaban verdaderos recursos de casación y de queja ante el César, que estaba llamado a reprimir las iniquidades en su calidad de protector general de los pueblos.

De la misma manera se convirtieron en cortes de casación las cortes reales de las monarquías medioevales.

Habiéndose restablecido desde el siglo XII la enseñanza del derecho romano, los jurisconsultos realistas empezaron a predicar, inspirados por ella, la doctrina que suponía ser las monarquías bárbaras directas herederas del Imperio Romano haciendo al rey fuente originaria de toda au-

(*e u*) Pardessus, *Essai historique sur l'Organisation judiciaire*, partie I, tit. I, chap. I, pag. 78 et 88.

toridad. Por efecto de la prédica de estas doctrinas, que alentaban y secundaban las nacientes tendencias autocráticas de los monarcas, la corte real se asimiló al *auditorium principi*, y por efecto de esta asimilación, se la reconoció competencia para conocer no sólo en los recursos que se entablaban contra los fallos de los jueces reales sino también en los que se entablaban contra los fallos de los jueces feudales o señoriales (*e v*).

Mas, en la revisión de los fallos de la justicia señorial no podía proceder la corona con el desembarazo con que procedía en la de los fallos de los jueces reales. Temerosa de provocar una resistencia de parte de los señores feudales que acaso habría sido invencible, limitó de pronto su competencia a conocer en aquellos casos, cuales eran los de injusticia notoria, en que presumiblemente el ejercicio de sus prerrogativas había de granjearle simpatías y en que asimilándolos a los casos de denegación de justicia, era más fácil justificar su intervención.

Al admitir los nuevos recursos de casación, mal disfrazados bajo la forma de simples recursos de queja, no entendieron los monarcas alargar los procesos con una nueva instancia. Aun cuando la misma corte que venía conociendo en las apelaciones fué llamada a conocer también en las casaciones, es evidente que a los principios procedió la corona menos como justicia que como gobierno, imaginándose que con las mismas facultades con que reprimía los abusos de los funcionarios políticos podía reprimir las iniquidades de los funcionarios judiciales.

De estas observaciones, relativas a la génesis de las cortes de casación, se infiere: 1° que originariamente no se puede establecer este recurso sino bajo el ala de una autocracia que tenga suficiente fuerza, prestigio y poderío para reprimir las iniquidades de justicias soberanas; y 2° que por lo mismo, todo tribunal que constituye una verdadera corte, esto es, todo tribunal compuesto de cortesanos que

(*e v*) Faustin-Hélie, *Histoire et theorie de la Procedure criminelle*, § 82.

funciona al lado y en representación de un monarca autocrático propende espontáneamente a convertirse en tribunal supremo de casación y revisión. El *Witenagemot* de los anglo-sajones y la *curia regis* de Francia no fueron en sus orígenes cortes de alzada, sino que más bien tuvieron el carácter de cortes de casación porque a los principios no revieron los fallos de las justicias locales y feudales sino en los casos de injusticia notoria (*e w*).

De las mismas observaciones se infiere que las cortes superiores, sean o no de alzada, se han creado originariamente no en interés de la justicia, sino en interés de los monarcas. Han empezado los reyes por acaparar la administración judicial e instituir el recurso de alzada como instrumento de dominación y de gobierno (*e x*); y cuando se han sentido abrumados por la multiplicidad y complejidad de los asuntos contenciosos, han concluído por delegar en sus áulicos y consejeros el ejercicio de la real jurisdicción. Por consiguiente, no es dudoso que en sus orígenes las cortes superiores no tienen más objeto que suplir ora la desidia, ora la impotencia, ora la incapacidad de los monarcas.

Una vez nacidas a la vida rinden estas instituciones tantos frutos, que sin resistencia alguna se perpetúan bajo el amparo de los pueblos aun cuando desaparezca la causa que las dió origen. Merced a las cortes de alzada, se han reprimido en gran parte los abusos y la parcialidad de los jueces lugareños, se han dado a las leyes aplicaciones más uniformes y más elevadas, se ha despojado a la justicia real de su carácter político, y en bien de las libertades públicas, se han separado las funciones judiciales de las gubernativas.

Los mismos monarcas han ganado en dignidad y prestigio con esta delegación de las funciones judiciales no sólo porque

(*e w*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 81. Pardessus, *Essai historique sur l'Organisation judiciaire*, pag. 27 et 80.

(*e x*) Faustin-Hélie, *Histoire et théorie de la Procédure criminelle*, § 82.

merced a ella han ofrecido a los pueblos una justicia más técnica y más imparcial sino también porque de un lado han descargado sobre sus jueces la inevitable malquerencia de los perdidosos y de otro, han podido arrogarse la simpática prerrogativa de la gracia no sólo para indultar a sus favoritos, sino para suavizar el rigor de aquellos fallos que por ajustarse mucho a la ley, prescinden no poco de la equidad. No fué por simple coincidencia, fué en virtud de las relaciones que hay entre la causa y el efecto, por lo que en Inglaterra empezaron los reyes a usar esta prerrogativa a poco de haber dejado de intervenir personalmente en la administración de justicia. Por una razón análoga, cuando los magistrados romanos dictaban una sentencia condenatoria, el reo podía entablar uno como recurso de gracia ante los comicios (e y).

Del mismo favor goza en los pueblos cultos la corte de casación y revisión porque no obstante sus orígenes evidentemente autocráticos, se juzga indispensable mantenerla en interés del principio democrático de la igualdad, organizándosela más bien con el objeto de uniformar el derecho nacional que con el de hacer buena justicia. Se puede decir que para la corte de casación no existe la justicia absoluta, solo existe la justicia legal, por manera que ante ella nadie puede tener derechos cuyo reconocimiento sea ocasionado a interrumpir la uniformidad de la jurisprudencia.

Como bien se comprende, cuanto más numerosas sean las cortes de alzada tanto más posibles son las aplicaciones discordantes de la ley como no haya un tribunal supremo que con rigor inflexible mantenga la uniformidad. Cuando las cortes de alzada no tienen que temer esta fiscalización superior, no se puede impedir que bajo el influjo del medio ambiente se rebelen a cada paso contra la aplicación mecánica de la ley para ceder ante consideraciones humanas

(e y) Mommsen, *Derecho Penal romano*, t. I, lib. III, cap. VIII, pág. 453.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 527.

de equidad. Sumner Maine pone de manifiesto la grande influencia civilizadora que en la India ha tenido la existencia de una Corte Suprema de Justicia porque manteniendo una jurisprudencia más o menos uniforme, dicho tribunal ha enmendado, desarrollado y unificado el derecho en parte considerable, antes que las cortes de alzada, que se han inclinado más a respetar hasta la exageración las normas jurídicas locales (*e z*).

Un influjo análogo tuvieron las cortes revisoras que durante la Edad Media se formaron en el Imperio germánico y en otras naciones, sin intervención del legislador. Sucedió que cuando una ciudad importante prosperaba bajo un régimen municipal, otras lo adoptaban sin modificaciones; y cuando más tarde ocurrían en los tribunales de las últimas casos jurídicos de difícil solución, se acudía en consulta a los tribunales de la metrópoli. Por efecto de esta práctica espontánea, se tuvieron por superiores los tribunales de la metrópoli, que a los principios no podían pretender que les correspondiera jurisdicción alguna sobre los de las otras ciudades. Como que responden a una necesidad de la administración de justicia, siempre falible, los recursos de revisión, de casación y de súplica no desaparecieron cuando se crearon las cortes de alzada y conservaron sus caracteres originarios hasta que el legislador juzgó preferible instituir francamente la tercera instancia (*f a*).

§ 94. De los hechos que en los parágrafos precedentes dejamos apuntados, se infiere sin lugar a duda que en varias de las más importantes naciones de Europa, la administración de justicia fué durante largos siglos prerrogativa de los monarcas habiendo nacido como simple ramificación de los gobiernos autocráticos.

Bajo la sugestión de estos antecedentes históricos, que por ser los más inmediatos debían impresionar más vivamente, una escuela de publicistas y jurisconsultos, en especial

---

(*e z*) Sumner Maine. *Études sur l'histoire du Droit.* pag. 54.

(*f a*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institution de l'Allemagne*, § 119.

de jurisconsultos monárquicos, ha venido sosteniendo durante toda la Edad Moderna y aun en nuestros días, que la justicia no se puede estimar ni constituir como poder autónomo del Estado porque en el fondo no es más que una rama del gobierno.

Mirabeau decía que no se puede concebir el Poder Judicial como Poder diferente del Poder Ejecutivo; y la misma opinión han sostenido Sismondi, Henrion de Pansey, Serrigny y Aucoc (*fb*).

En particular, Serrigny enseñó que bajo el doble respecto de la teoría y del derecho constitucional, el Poder Judicial era en Francia una simple emanación del Poder Real. « Lo que mejor confirma nuestra doctrina, agregaba, es que si recurrimos a nuestro antiguo derecho público, encontramos que la función judicial era en tal grado una atribución del Poder Real que el rey mismo hacía en su Consejo las veces de un tribunal superior de casación. Las atribuciones que hoy ejerce la Corte de Casación formaban parte de las prerrogativas de la corona, y cuando los monarcas erigían tribunales, no entendían renunciar a la facultad de administrar por sí mismos la justicia. Después de la revolución, han sido substraídos de la jurisdicción de la corona y sometidos a la Corte de Casación muchos de los asuntos que eran de la competencia del Consejo privado; pero las atribuciones de éste y de otros tribunales son jurídicamente, según la carta, una desmembración de la autoridad real » (*fc*).

(*fb*) Franqueville. *Le Systeme judiciaire de la Grande Bretagne*. t. I, pag. 15.

De la misma opinión es Ducrocq. « Lorsqu'en se plaçant à ce point de vue (dice) on analyse le Pouvoir Exécutive en lui-même, indépendamment des formes et des conditions politiques sous lesquelles il peut se produire, on reconnaît qu'il se subdivise en un certain nombre de branches. Suivant nous, ces branche distinctes du Pouvoir Exécutive, sont au nombre de trois: le gouvernement, l'administration, la justice ». Ducrocq. *Cours de Droit Administratif*. t. I. § 24.

(*fc*) Serrigny. *Traité de la Compétence et de la Procedure*. t. I. § 11.

Doctrina muy semejante sostiene Blackstone respecto de Inglaterra. « La Constitución del reino, dice, ha conferido al rey todo el *Poder Ejecutivo* de las leyes; pero como era imposible y aun poco conveniente que él lo ejerciera por sí mismo, hubo de establecer tribunales que lo ejercieran en su nombre y representación. Dados estos antecedentes, es claro que las cortes inglesas de justicia no tienen potestad que les pertenezca por derecho propio: la que ejercen es mera emanación del Poder Real » (*fd*).

Considerable refuerzo trajo a esta doctrina *El Espíritu de las Leyes*, porque aunque Montesquieu, lejos de subscribirla, la impugnó a fondo sosteniendo el principio contrario de la separación de los tres Poderes fundamentales del Estado, ello es que con la errónea terminología política que adoptó para distinguirlos, dejó entender que atribuía al Gobierno una función que fácilmente se podía confundir con la de los tribunales y jueces.

No es defecto particular de Montesquieu, sino propio de los espíritus sistemáticos la propensión inmoderada a buscar la simetría en las clasificaciones, los términos antitéticos y correlativos en las nomenclaturas. Arrastrado por esta propensión, cuando Montesquieu hubo llamado *Poder Legislativo* al que hace las leyes y *Poder Judicial* al que las aplica en casos contenciosos, no pudo resistir la tentación de la simetría verbalista y llamó *Poder Ejecutivo* al que las hace cumplir sin consideración a los derechos particulares. Aun cuando este nombre carezca de propiedad, puesto que no es la única ni siquiera la principal función del Gobierno la de ejecutar las leyes, jurisconsultos y publicistas, lo sancionaron con su aceptación indeliberada, y los de la escuela monárquica lo hicieron servir de pie para sostener la doctrina predicha, o sea, que la justicia constituye una simple rama del Poder Ejecutivo por que su función peculiar es la misma de la otra rama, es la misma del Gobierno, a saber, ejecutar las leyes.

(*fd*) Blackstone, *Commentaires des Lois Anglaises*. t. I. pag. 783.

En nuestros días, la ciencia política ha demostrado teóricamente que dadas la diversidad y aun la incompatibilidad de las funciones gubernativas y de las judiciales, no se puede sostener que en principio se deban dejar perpetuamente vinculadas a un solo órgano. Pasada la necesidad más o menos duradera, pero esencialmente transitoria de la concentración de Poderes dirigida a constituir autocracias vigorosas, el pleno y normal desenvolvimiento del Estado hace necesarias la diversificación y la autonomía de la justicia.

Como bien se comprende, el origen de la doctrina que impugnamos es el hecho histórico de haberse desarrollado la administración judicial en los siglos modernos a la manera de una simple rama del Gobierno. Con antecedentes análogos, habrían podido sostener los romanos de la República que la justicia era una rama del Poder Legislativo porque la administración judicial se había formado en Roma, principalmente por delegación de los comicios. En uno y otro caso el antecedente no justifica la doctrina, porque ya hemos observado que en la evolucion espontánea del Estado, las nuevas funciones se vinculan siempre a órganos preexistentes y solo cuando han adquirido en su actividad un desarrollo que justifique la separación, se las dan órganos propios.

Para determinar con acierto la teoría de las instituciones, no debemos estudiarlas tanto en su estado embrionario cuanto en el de pleno desarrollo, cuando ya la evolución política les ha asignado el papel, las funciones y la situación que en el Estado han de tener a perpetuidad. Si a virtud de causas sociales, que hemos estudiado más arriba, el Poder Político tuvo a su cargo las funciones judiciales en los siglos medios y modernos, no sería logico inferir de tal antecedente la perpetua subordinación de la justicia al Gobierno como no estemos dispuestos a conformarnos con todos los males que ella trae consigo.

Decir que la justicia es rama del Gobierno es sostener implícitamente que cuando el Estado ha llegado a su pleno y normal desenvolvimiento, esta subordinacion conviene a

la política, a la República, a la sociedad, y sobre todo, a la justicia misma: pero en este punto hay antecedentes históricos que dicen los contrario.

Franqueville nos informa que durante largos siglos, o sea mientras se tuvo la administración judicial por rama subordinada de la corona, la justicia fué en Inglaterra venal y servil. La complacencia para con el soberano, agrega, era muy natural cuando los jueces no pasaban de ser agentes del gobierno real. Con referencia a la misma época, observa un escritor, citado por el mismo Franqueville, que entre un juez y un ladrón no había diferencia sino en la manera como uno y otro escamoteaban al prójimo, y agrega que lo que los reyes del continente solían hacer por medio de asesinos mercenarios, los de Inglaterra lo hacían por medio de sus jueces (*fe*).

Sería grave error imaginarse que solo los jueces ingleses se distinguiesen por su servilismo. En todas partes y en todos los tiempos, los jueces subordinados propenden fatalmente a valerse de la justicia para complacer a sus superiores. Cuando el Gobierno de quien dependen es sano y honrado, le complacen administrándola con imparcialidad; cuando es tiránico y arbitrario, le complacen convirtiendo la justicia en medio de hostilizar a los adversarios y de favorecer a los parciales. Da lo mismo que los jueces sean agentes de un mal gobierno o de un político inescrupuloso: con jueces serviles no hay garantía para la justicia. Su independencia es indispensable para garantir la correcta y honrada aplicación del derecho (*ff*).

Los males que la subordinación y el consiguiente servilismo de la justicia ocasionan son tan graves que en todas partes han propendido los pueblos a dar la independencia mucho antes de que los legisladores se hayan resuelto a constituirla en Poder autónomo.

(*fe*) Franqueville. *Le Systeme Judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 380 et 381.

(*ff*) Blackstone, *Commentaires des Lois Anglaises*, t. I. pag. 387.

Con referencia a Inglaterra, observa Blackstone, que si bien originariamente los tribunales no administraban justicia sino por delegación de la corona, de siglos atrás se ha entendido que ellos ejercían el poder judicial por derecho propio, de manera que el monarca no podría ni cambiar su composición ni sus procedimientos, ni intervenir en el pronunciamiento de los fallos, ni modificarlos o anularlos. Evidentemente, esta emancipación espontánea de la justicia se ha operado porque no es efectivo, como se supone, que sean una sola y una misma cosa la función judicial que dicta fallos, y la función gubernativa que hace cumplir las leyes y resoluciones de todos los Poderes Públicos.

Por las mismas causas, igual independencia se ha dado a la justicia en todos los pueblos civilizados.

Prescindiendo de los males que la subordinación del personal judicial trae consigo, la hetereogeneidad de las funciones impone a la larga la diversificación y recíproca independencia de los órganos que han de desempeñarlas a perpetuidad. Asimilar la justicia a la administración, observaremos con Franqueville, es desconocer en absoluto la naturaleza de las funciones que a una y otra institución corresponden. Todo empleado administrativo es esencialmente subordinado porque tiene a su cargo un simple servicio sobre cuyo desempeño se le pueden dar órdenes obligatorias. Pero el juez, que tiene a su cargo una parte del Poder público, debe actuar con la mayor independencia, proceder con arreglo a las leyes y a su propia conciencia y no aceptar ni mandatos ni instrucciones de nadie porque la justicia que no es independiente no es justicia.

Más palpablemente se nota la necesidad de la independencia en los casos no raros de conflictos entre los particulares y el Estado. Como quiera que en la generalidad de los casos el Estado se compromete por actos del Gobierno o de empleados administrativos que proceden por órdenes suyas, no podríamos tener la justicia por simple rama del Poder Ejecutivo sino admitiendo que sea lícito al Gobierno ser juez en las mismas causas en que aparezca ser

parte (*fg*). Sería aquello la negación de la justicia. Con mayor intensidad se siente la necesidad de constituir la justicia como Poder autónomo en las naciones más civilizadas, todas más o menos democráticas, porque en los casos tan frecuentes de luchas políticas, no ofrecen a los opositores garantía alguna de imparcialidad aquellos jueces que por causa de su subordinación jurídica al gobierno estiman que el primero de sus deberes es complacer a los poderosos. La constitución autonómica de la justicia se impone.

No importa que por causa de su tardío nacimiento, la justicia haya aparecido en todas partes como función anexa de aquellos Poderes que estaban de antemano constituídos. No importa que durante largos siglos se hayan desempeñado, las funciones judiciales por los príncipes y sus delegados sin que se haya sentido la necesidad de vincularlas a un órgano específico. Requerida la concentración de Poderes por el carácter ocasional e intermitente que la justicia ha de tener a los principios, presta en los primeros grados del desenvolvimiento político, cuando la mayor dificultad con que el Estado tropieza para desarrollarse es la indisciplina de los bárbaros, el inapreciable servicio de constituir un régimen fuerte que les impone la subordinación y la obediencia. De un extremo a otro del mundo, en todas partes son las autocracias las que originariamente dan vida al Estado. La libertad es sólo propia de pueblos más o menos cultos que se han acostumbrado a respetar las leyes y las autoridades sin necesidad de que una coacción efectiva les obligue en cada momento.

Empero, la concentración de Poderes no puede mantenerse

(*fg*) Franqueville, *Le Systhème judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 13 et 14.

Al transcribir los conceptos de Franqueville, hemos conservado en general su terminología para dar idea más exacta del fondo de su pensamiento. A no ser por esta consideración, nos habríamos abstenido de dar al Gobierno el desgraciado nombre de *Poder Ejecutivo* y de confundirlo con la administración propiamente tal.

a perpetuidad no sólo porque se hace innecesaria cuando los pueblos se capacitan para la vida libre sino también porque a la larga se multiplican y agravan los inconvenientes derivados de la acumulación, en un solo órgano, de funciones esencialmente incompatibles.

Para demostrar esta incompatibilidad, nos bastará observar: que mientras la misión del gobierno es resguardar el orden general, la de la justicia es declarar el derecho entre particulares y castigar a los delincuentes, previa comprobación de los delitos; que en seguimiento de sus respectivos fines, el gobierno puede proceder siempre de oficio en tanto que los tribunales civiles no pueden proceder por lo común sino a solicitud de parte; que cuando el cumplimiento de una ley ha de ocasionar perturbaciones graves, puede el gobierno suspender la vigencia porque no hay deber superior al de conservar el orden, mientras que el juez, que no tiene porqué atender a las consecuencias sociales de sus fallos, debe aplicar la ley tal cual es; que llamado el Gobierno a proceder por motivos políticos (se entiende que en el sentido más elevado de la palabra), debe atenerse más al espíritu que a la letra de la ley, preguntándose en cada caso: cuál sería la inteligencia que el legislador daría a este precepto si lo dictara bajo el imperio de las actuales circunstancias; y que a la inversa, el juez, que debe proceder siempre por motivos jurídicos, debe atenerse para mayor garantía del derecho a la letra antes que al espíritu de la ley, preguntándose en cada caso: cuál fué la inteligencia que el legislador la dió supuestas las circunstancias en que la dictó. Por causa de estas diferencias esenciales, no puede una misma persona desempeñar unas y otras funciones porque, según su educación, su carácter y su idiosincrasia, o se inclina en todos sus actos, sin hacer distinción entre los políticos y los judiciales, a prescindir de las consideraciones políticas, las cuales deben siempre prevalecer en el ánimo del gobernante, o se inclina a prescindir de las consideraciones jurídicas, únicas que deben inspirar al juez.

De manera particular resalta la incompatibilidad de am-

bas funciones cuando se estudia el modo y forma como unas y otras se ejercen. Como se sabe, la administración de la justicia no se puede desempeñar de cualquier modo bajo una u otra forma, sino que debe sujetarse a ciertas reglas muy minuciosas que sirven de garantía a los litigantes contra las sorpresas, contra las precipitaciones, contra el favoritismo, contra la parcialidad. Para inspirar confianza en los fallos de la justicia, el derecho procesal de todas las naciones civilizadas tiene una disposición común, cual es, la que manda anular aun los más justos cuando no se los haya dictado en rigurosa conformidad con las leyes de procedimiento (*fh*).

Pues bien, los gobiernos no están sujetos a tales trabas en el desempeño de sus funciones, ni podrían desempeñarlas cumplidamente si se les obligase a respetar reglas procesales tan lentas como las de la administración judicial. Para proveer con oportunidad a lo imprevisto, para reprimir con rapidez los desórdenes antes de que cobren fuerza y cuerpo; en una palabra, para cumplir su misión, necesitan estar armados de una potestad que les permita proceder expedita y desembarazadamente. Cuando los abogados, llevados por razón de oficio a convertir las cuestiones políticas en cuestiones jurídicas, pretenden sujetar a reglas rigurosas todos los actos del gobierno, lo único que conseguirían, si lograran su propósito, no sería crear una garantía en favor de los pueblos, sino inhabilitar al gobierno para cumplir su misión.

Empero, sea de esto lo que sea, el hecho es que los gobernantes, habituados a proceder desembarazadamente, no hacen por lo común buenos jueces porque no se avienen a respetar la lentitud de las tramitaciones judiciales.

§ 95. Para poner remate a nuestro estudio sobre los orígenes de la justicia, diremos cuatro palabras sobre los del notariado, institución que en todos los Estados cultos forma parte integrante de la administración judicial.

(*fh*) Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. II, § 28, pag. 22.

Una y otra vez hemos observado que cuando florecen las asambleas generales, ellas suelen tomar espontáneamente a su cargo aquellas funciones nuevas para cuyo desempeño no se ha formado todavía un órgano especial. Es lo que pasa con la función notarial, la que esencialmente se reduce a dar autenticidad a ciertos actos y contratos.

En Roma se otorgaban ante los comicios (*in comitiis calatis*) las donaciones por causa de muerte y los testamentos propiamente tales (*f i*).

Entre los germanos, las donaciones que suplían la falta de testamento, se debían hacer ante el *màl* (*f j*); y tanto entre los francos como entre los anglo-sajones, ante las asambleas se hacían las emancipaciones, se otorgaban los testamentos, y se ejecutaban otros actos jurídicos (*f l*). Una vez ejecutado un acto jurídico, la escritura respectiva se intercalaba entre las fojas de la Biblia de la parroquia.

El mismo requisito, o sea el del otorgamiento ante la asamblea pública, se impone en los pueblos semi-civilizados a la compra-venta de inmuebles.

El más antiguo contrato de compra-venta que conozcamos, dice Dareste, es uno de que habla el *Génesis*. A la muerte de Sarah, quiso Abraham adquirir un terreno para construir una tumba a su finada esposa, y al efecto, se dirigió a los Hetheos, esto es, a la tribu en cuyo territorio estaba el solar, y cuando ella hubo consentido, trató el precio con el propietario y adquirió el dominio en presencia del pueblo reunido a la puerta de la ciudad (*f m*).

En Israel mismo, no se podían hacer las enajenaciones

(*f i*) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVII.
Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, pag. 147.

(*f j*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, t. II, pag. 406.

(*f l*) Guizot, *Histoire de la Civilisation en France*, t. III, pag. 294.
Guizot, *Le Gouvernement Représentatif*, t. I, pag. 65.
Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 46 à 48 et 75.

(*f m*) *Génesis*, cap. XXIII.
Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*, t. II, pag. 30.

de bienes raíces sino a la puerta de la ciudad, esto es, en público, y en presencia de diez ancianos que representaban al pueblo todo (*fn*).

De ciertos requisitos que para la validez de las enagenaciones se exigían en Grecia, en Italia y en Egipto, se ha inferido con fundamento que también en estos Estados se debían celebrar originariamente dichos contratos en presencia de las asambleas generales. Particularmente en el Egipto, se distinguían como dos actos inconexos la venta y la tradición; y según se ha observado, la práctica de celebrar el contrato en dos tiempos no se explica sino por la doble y de ordinario sucesiva intervención del vendedor y del pueblo. Donde quiera, en efecto, que no se pueda hacer la enajenación de un predio sin el consentimiento popular el contrato tiene que celebrarse substancialmente en dos actos, uno en que los interesados estipulan las condiciones, y otro en que la asamblea consiente; consentimiento que comúnmente se presta en el momento en que el vendedor simula la tradición. Por las inscripciones, dice Dareste, sabemos que la misma práctica de ejecutar dos actos en la compra-venta se seguía en Grecia, y los papiros de Ravenna acreditan que hacia el siglo VI se la seguía también en Italia (*fñ*). A no dudarlo, la celebración del contrato en dos tiempos tuvo en estos países el mismo origen que en Egipto.

Así mismo, durante la Edad Media las enajenaciones de bienes raíces alodiales tenían que hacerse en casi todos los Estados europeos en presencia y con consentimiento del vecindario. Particularmente en el Imperio germánico, los contratos de compra-venta se debían celebrar *in mallo publico*, o en una iglesia (*fo*). En el antiguo derecho

(*fn*) *El Libro de Ruth*, cap. IV, § 1 a 4.

(*fñ*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, t. II, pag. 13.

(*fo*) Schulte, *Études d'histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 148, II.

A diferencia de los alodios, las propiedades feudales no se podían enajenar sino con intervención y consentimiento del respectivo señor feudal.

danés, la tradición de los inmuebles se efectuaba solemnemente ante la asamblea pública, el *ting*; en Noruega tampoco se operaba la transferencia sino cuando se habían practicado ciertas ceremonias ante el *ting*, o en una iglesia; y en Inglaterra, durante la dominación sajona, la tradición de la propiedad inmueble se hacía ante la asamblea del condado después de una proclama pública (*fp*).

En nuestros días, el requisito del consentimiento popular para la validez de las enajenaciones se encuentra establecido todavía en muchos Estados. En la India, se requiere el consentimiento de la comunidad para vender un inmueble a un extraño; y en la Slavia meridional, las enajenaciones no tienen efecto sino cuando son autorizadas por los aldeanos. Por último, en Servia, bajo el imperio del Código Civil de 1844, no se podía enajenar ni hipotecar los inmuebles sino con el consentimiento de los varones casados y mayores de edad que compusiesen la comunidad (*fq*).

El consentimiento popular como requisito de validez en las enajenaciones se halla establecido todavía, observa Sumner Maine, en una grande extensión del mundo ario; y presumiblemente se requirió también en los primeros tiempos de Roma porque aun cuando la mancipación sea un modo de transferencia privada, no obstante lleva en sí la marca de su publicidad primitiva. Según un principio de representación por cinco que muy a menudo se encuentra establecido en los pueblos más atrasados, debían asistir al acto de la mancipación cinco ciudadanos, los cuales desde los principios de la historia no intervenían ya sino en calidad de testigos, pero que anteriormente habían re-

(*fp*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 310 et 331.

(*fq*) Laveleye, *Les Origines de la Propriete*, chap. IX, pag. 164 et 166.

Sumner Maine, *Études sur l'histoire du Droit*, pag. 467.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VIII, pag. 351.

Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 246.

presentado sin duda a la comunidad en el acto de prestar su consentimiento (*fr*).

La intervención del pueblo en las enajenaciones es presumiblemente una derivación del derecho de condominio que en los tiempos primitivos corresponde a todos los vecinos. No se establece, de consiguiente, este requisito para garantizar mediante la publicidad los derechos de terceros contra las tentativas de fraude sino como una sanción y reconocimiento de los derechos que la comunidad se reserva sobre la tierra cuando empieza la individualización de la propiedad.

A la larga, cuando ya la propiedad se ha individualizado por completo y se ha borrado todo vestigio y todo recuerdo de la comunidad primitiva, la intervención popular, que antes se hacía en forma de consentimiento, subsiste como medio de dar publicidad y por consiguiente, autenticidad a las enajenaciones. Este cambio en el carácter de la intervención popular aparece palpable en el derecho romano, porque mientras a los principios el pueblo intervenía en estos contratos para prestar su consentimiento, más tarde los cinco ciudadanos que comparecían en representación de las cinco clases de centurias no tenían más oficio que el de atestiguar las transferencias de la propiedad.

Según lo hemos manifestado más arriba, cuando las asambleas empiezan a decaer, sus funciones legislativas, judiciales, administrativas, etc., empiezan a pasar a otras manos, ora por delegación expresa, ora por espontánea transferencia. A la misma evolución están naturalmente sujetas las funciones notariales.

En el Imperio Germánico, desde el siglo XII, se adoptó la práctica de celebrar las compra-ventas ante el tribunal del distrito (*landgericht*); y en Hungría, hacia el siglo XIII se hacían las enajenaciones ante un tribunal y testigos (*fs*).

(*fr*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. X, pag. 476 et 477.

(*fs*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*. § 148, III.

Dareste, *Études d'histoire du Droit*, XI, pag. 268.

Mientras se seguía la práctica de celebrar las compraventas o ante las asambleas públicas, o ante los tribunales locales, habían nacido tanto en los Estados antiguos como en los medioevales unos empleados que ora tenían a su cargo la redacción de los contratos, ora la guarda de las escrituras. Empleados semejantes parece haber habido en la Asiria, en Israel, en Egipto. Entre los griegos, dice Fernández Casado, eran conocidos con los nombres de síngraphos y apógraphos. Por lo tocante a Roma, funcionaron allí *notarii*, que eran como taquígrafos que escribían en abreviaturas; *scribae*, que transcribían en las tablas las actas públicas; y otros llamados *chartularii*, *actuarii*, *tabularii*, *cancelarii*, etc., etc. (*ft*).

Ni los agoránomos de Egipto, ni los síngraphos y apógraphos de Grecia, ni los cartularios, actuarios, etc. de Roma, tuvieron a los principios el carácter de funcionarios fedantes. Eran simples pendolistas.

En algunos Estados, acostumbraban los contratantes dar a guardar sus escrituras a personas de confianza, o depositarlas en los archivos de los templos o en los archivos de las ciudades. Era lo que se hacía en Asia Menor, en Egipto, en la Beocia y en toda la Grecia. Pero se hacía así por prudencia, no por obligación (*fu*).

(*ft*) Fernández Casado, *Tratado de Notaría*, t. I, § 33 a 37.

«Le contrat dressé conformément aux règles précédentes (dice Beauchet) est ordinairement déposé par les parties chez une personne investie de leur confiance. Le texte de Démosthène précédemment cité témoigne de la généralité de ce usage. Il montre également le but de ce dépôt, qui est d'assurer la conservation de l'acte et de donner aux parties, en cas de contestation, le moyen d'y recourrir facilement pour y trouver la preuve de leurs droits. Ce dépôt s'effettuait non seulement pour les testament... mais encore pour les contrats de toute sorte, prèts, ventes, compromis ou autres». Beauchet, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, t. IV, pag. 60.

Dareste, *Nouvelles Études d'histoire du Droit*, pag. 99.

(*fu*) Beauchet, *Histoire du Droit privé de la Republique Athenienne*, t. IV, pag. 60 à 66.

Guiraud, *La Propriété fonciere en Grece*, liv. II, chap. XI, pag. 292.

Tampoco tuvieron este carácter a nuestro juicio los escribanos que durante la Edad Media florecieron en España. Presumiblemente redactaban las escrituras. Acaso cuando las habían redactado, quedaban encargados de su guarda. Pero no hay textos legales ni documentos de donde inferir que el escribano estuviese llamado a darlas autenticidad con su firma y sello. Al contrario, la ley 1ª, tít. XVIII de la *Partida 3ª* confirma nuestra opinión cuando dice que *escrivano tanto quiere decir como ome que es sabidor de escrevir.*

¿Cómo llegaron estos empleados a adquirir el carácter de funcionarios fedantes? En este punto, adherimos nosotros al dictamen de Fernández Casado. A su juicio, reconocidos los inconvenientes de que las escrituras anduviesen en manos de los particulares, es presumible se introdujera la práctica de dejarlas en manos de los escribanos que las habían redactado, a menudo eclesiásticos que inspiraban general confianza (*f v*). Acaso a ellos se ocurría posteriormente en demanda de copias fieles, de cuya autenticidad nadie dudaba, puesto que se hacían sobre las mismas matrices. Cuando la ley vino más tarde a darles la autoridad de funcionarios fedantes, ya ellos desempeñaban, facultados por la costumbre, todas las funciones de notarios. Solo les faltaba que el legislador hiciera de cada uno de ellos un testigo mayor de toda excepción cuyo testimonio valiera por prueba plena.

(*f v*) Fernández Casado, *Tratado de Notaría*, t. I, § 8.

CAPÍTULO NOVENO

Orígenes de la Administración Pública

SUMARIO. — § 96. Distinción de la Administración y el Gobierno. — § 97. Génesis general de la Administración Pública. — § 98. Sistemas de provisión de los cargos públicos. — § 99. Carácter militar de la Administración primitiva. — § 100. Diversificación de las funciones civiles. — § 101. Orígenes de los correos. — § 102. Id. de la viabilidad. — § 103. Sus causas. — § 104. Gratuidad primitiva de las funciones públicas. — § 105. Los presentes. — § 106. Orígenes del sistema tributario. — § 107. Pago de los tributos en especie. — § 108. Orígenes del sistema de remuneración de los cargos públicos.

§ 96. En el cuadro esquemático que al principio de esta obra expusimos (§ 12), dejamos establecido que entre los elementos internos del Estado, se deben distinguir los de carácter político, o sean los Poderes Públicos, y los de carácter administrativo, o sean los servicios que van anexos a toda organización política.

Con arreglo a esta distinción, hemos procurado en todo el curso de la presente obra no confundir los unos con los otros, y hemos procedido en este punto tan escrupulosamente que la hemos respetado aun en aquellas ocasiones en que la estrecha conexión de los asuntos nos ha precisado a estudiarlos simultáneamente.

Llegados a este punto, y antes de empezar nuestras investigaciones sobre la génesis de la administración pública, conviene advertir que entre los publicistas se cuentan muchos que declaran no haber descubierto diferencia específica alguna que permita distinguir de los elementos políti-

cos los administrativos; y que entre los que hacen tal distinción, ninguno, absolutamente ninguno ha encontrado ni sugerido hechos o fundamentos que la justifiquen; lo cual denota que en el campo general de las ciencias políticas, no está todavía bien constituída la del derecho administrativo.

La misma palabra, administración pública, de uso tan general en la ciencia y en la política, no expresa para todos una misma idea. Hay autores que involucran en ella la actividad entera del Estado, salva solo la legislatura (*a*). Para otros, la administración pública es todo uno y se confunde con el gobierno. Ninguno conocemos que justifique científicamente los límites que en la exposición y en el estudio se asignan al campo del Derecho Administrativo.

Hasta donde llegan la confusión y la anarquía, lo dicen las múltiples, imprecisas y contradictorias definiciones que se han dado para fijar el sentido de la expresión. Háse definido la administración pública de tantas y tan diversas maneras que no hay prueba más manifiesta de la indeterminación del concepto que la variedad y multiplicidad de las definiciones. En muchos tratados se nota que no caben dentro de los términos de la definición inicial todas las materias que subsiguientemente se estudian; y no son pocos los publicistas que sugieren un concepto de la administración a los comienzos, cuando la definen, y otro muy diferente en seguida, cuando estudian las materias administrativas.

En la presente obra, no tendría ni cabida ni objeto el disertar acerca de tantos y tan contradictorios conceptos. Para el efecto de determinar los orígenes de la adminis-

(*a*) Meyer. *La Administracion y la Organizacion Administrativa*. pág. 85 a 88.

Bertolini, *Saggi di Scienza e Diritto della Pubblica Amministrazione*. t. I. pag. 49. nota

Stein. *La Scienza della Pubblica Administrazione*. pags 36, 37, 79 y siguientes.

tración pública, basta que tracemos el campo que, según nuestro propio juicio, le corresponde; y con este propósito, prescindiendo por un momento del Estado, averiguaremos previamente qué se entiende por *administración* en el orden privado.

Pues bien, tan pronto como tomamos este nuevo rumbo, el camino se ensancha y se allana. A diferencia de lo que pasa en el orden público, donde la voz *administración* se usa en los más varios y contradictorios sentidos, no hay en el orden privado la menor discrepancia. Sin discrepancia alguna, siempre que en el orden privado se pronuncia la palabra *administración*, todos entienden que se trata de una gestión de interés; de una guarda, cuidado o fomento de bienes, capitales o institutos; de un servicio o conjunto de servicios que hemos establecido para procurarnos goces y comodidades, para suplir nuestra incapacidad, para auxiliarnos en nuestras tareas industriales, profesionales o artísticas, etc. Si no es cuando se administran remedios, o el viático u otra cosa cualquiera, nunca se da en el orden privado otro sentido a la voz *administración*.

Volviendo ahora al orden público ¿qué razón aconsejaría atribuir en él a dicha palabra sentidos diferentes de los que la damos en el orden privado? A nuestro juicio, ninguna. La voz *administración*, que no ha sido inventada por los publicistas, ha sido tomada del orden privado para expresar en el orden público las mismas ideas que vulgarmente se expresan cuando se dice administración de un fundo, o de un banco, o de una casa de comercio. No otro es el sentido que las ciencias políticas dan a la misma palabra cuando hablan de la administración de aduanas, de la de correos, de la de impuestos y contribuciones, etc. En todos estos casos, los funcionarios son simples empleados, que semejantes a los de la industria, no tienen participación alguna en el ejercicio de la soberanía porque se concretan a prestar servicios.

Verdad es que siendo la justicia un Poder, decimos también, y lo decimos sin impropiedad: la *administración de justicia*. Pero es que en este caso usamos la voz más o me-

nos en el sentido que la atribuímos cuando decimos administración del viático, administración de un medicamento. En todos los demás casos, la voz *administración* es en el orden público sinónimo de servicio.

Desgraciadamente en las ciencias políticas, y por efecto de su influjo, en el lenguaje vulgar no siempre se usa la palabra con la misma precisión. Aun hay una escuela de publicistas que, bajo el influjo de ciertos antecedentes históricos, o confunde la administración con el gobierno, o la considera como simple rama del llamado Poder Ejecutivo.

En sentir de Ducrocq, el Poder Ejecutivo consta de tres ramas: el gobierno, la administración y la justicia. El gobierno es aquella rama del Poder Ejecutivo que está encargada de dirigir el Estado por las vías de su desarrollo interior y de sus relaciones exteriores; la administración es su complemento y su acción vital. Macarel ha dicho con razón: él es la cabeza, y ella el brazo de la sociedad (*b*).

Una doctrina muy semejante enseña Di Bernardo. La función del Poder Ejecutivo, dice, es doble porque consiste en gobernar y administrar. Al gobierno corresponde el alto comando en la ejecución de las leyes positivas y la supervigilancia de todas las ramas del servicio público. La administración es la actuación de las leyes y de las disposiciones reglamentarias en cada caso y en las relaciones particulares de la vida interna y externa del Estado (*c*).

(*b*) Ducrocq. *Cours de Droit Administratif.* § 24, 32 et 34.

(*c*) Di Bernardo, *La Pubblica Amministrazione e la Sociologia.* t. II, pag. 533.

A la misma escuela pertenece el notable publicista norteamericano Goodnow, para quien «la Administración es la actividad de los funcionarios ejecutivos del gobierno». «Siempre que vemos al gobierno en acción, a diferencia de cuando delibera o pronuncia una sentencia judicial, decimos que administra». El derecho constitucional, agrega más adelante, «traza el plan general de la organización y acción del Estado»; el derecho administrativo «desarrolla ese plan en sus pormenores más minuciosos, le completa y acaba. Así, la distinción que existe entre uno y otro es más de grado que de esencia». Goodnow. *Derecho Administrativo Comparado.* t. I, págs. 11 y 25.

Otros autores van aun más lejos porque terminantemente sostienen que no hay razón para distinguir los actos administrativos de los gubernativos; lo cual implica que tampoco la hay para distinguir la administración del gobierno. En el fondo no es otra la doctrina que Bremond sostiene cuando enseña que las dificultades con que se tropieza para distinguir los actos políticos y los administrativos provienen del errado empeño en que los publicistas andan comprometidos, cual es el de establecer una distinción que tenga efectos positivos entre cosas que por naturaleza pertenecen a una misma especie. Cuando se examinan a fondo estas distinciones, observa, se nota que se reducen a clasificar como actos de gobierno a los más importantes del Poder Ejecutivo, y como actos de administración a los menos importantes. De consiguiente, no se fundan ellas en ninguna diferencia real, pues la mayor o menor importancia de los actos públicos se deriva mucho menos de su naturaleza que de las circunstancias en que se los ejecuta (*ch*).

A nuestro juicio, confusión tan deplorable, que amalgama en un mismo cuerpo un Poder Público y los servicios del Estado, viene de que bajo la sujestión de lo pasado, no se advierte a inferir del hecho histórico las tendencias de la evolución política.

Es sin duda un hecho histórico el que por causa de la inevitable imperfección del desarrollo del Estado, la administración nazca en todas partes desempeñada por los funcionarios políticos; pero tal antecedente no autoriza para confundirla con el Poder Ejecutivo. Cuando el biólogo se propone determinar y caracterizar las funciones de un animal, no empieza por estudiar el embrión, cuyos órganos mal diseñados prestan a menudo servicios promiscuos. Lo que hace es estudiar cuerpos adultos, en los cuales cada órgano presta servicios especiales y las funciones están bien diversificadas.

(*ch*) Brémond, *Des Actes de Gouvernement*, pag. 35 et 36 de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. I de 1896.

En la vida política ocurre lo mismo que en la vida animal. La acumulación de las funciones administrativas y de las gubernativas en unas mismas manos no significa que sean una sola cosa la administración y el gobierno. Lo único que significa es que por no haber llegado el Estado a su completo desarrollo, unos mismos órganos desempeñan funciones de muy diversa naturaleza.

Durante siglos, a contar desde los fines de la Edad Media, las funciones judiciales fueron desempeñadas en los principales pueblos de Europa por agentes de la corona, y aunque todavía hay autores que bajo el influjo de estos antecedentes tienen la justicia por simple rama del gobierno, ello es que por lo menos desde Montesquieu, la ciencia viene enseñando que el Poder Judicial es cosa diferente y debe ser cosa independiente del Poder Político. Análoga dintinción debemos establecer entre la administración y el gobierno, siquiera no sea para llegar a la misma independencia.

Cuando se vacuna, cuando se enseña, cuando se salubrifican las poblaciones, cuando se cuidan las bibliotecas, cuando se recaudan las contribuciones, cuando se construyen cloacas, ferrocarriles y caminos, no se puede decir que se gobierna. Tampoco se puede decir que los empleados encargados de tales servicios sean agentes del gobierno en cuanto desempeñan las funciones respectivas. Hacer eso no es gobernar, es administrar.

Sería fácil demostrar que la administración está difundida por casi todos los órganos del Estado, bien así como la actividad lo está por casi todos los órganos del cuerpo animal. No sólo administran aquellos órganos, las tesorerías, las aduanas, los correos, que se suponen instituciones gubernativas. También desempeñan funciones administrativas los tribunales, los cuerpos legislativos, el ejército, etc. De consiguiente, es no tener idea cabal de la administración el ver en ella una simple rama del gobierno.

¿Qué diferencia hay, pues, entre gobernar y administrar? He aquí una cuestión que en la ciencia está planteada, pero no resuelta todavía.

A nuestro juicio, si todavía no se han determinado las diferencias específicas que distinguen lo uno de lo otro, no es porque falten los fundamentos objetivos; es porque se ha tomado el errado camino de querer caracterizar la administración y el gobierno sin determinar previamente la naturaleza de las funciones respectivas.

En el estudio del organismo político, hay que proceder más o menos como en el del organismo humano. Si un profesor de biología intentara distinguir el corazón del hígado diciendo que el primero de estos dos órganos tiene la particularidad de ser el más importante ¿qué luz nos daría semejante enseñanza? Absolutamente ninguna. Pero si enseñara que el corazón sirve para distribuir y renovar la sangre en todo el organismo, y el hígado para completar la digestión rociando de bilis los alimentos, ¿no es verdad que con esta enseñanza adquiriríamos nociones positivas para distinguir ambos órganos?

Pues bien, procediendo de manera análoga en la determinación de nuestro problema, creemos que se debe renunciar al intento de distinguir la Administración y el Gobierno sin tener cuenta de la varia naturaleza de las respectivas funciones, como si en el cuerpo político todos los órganos estuviesen muy bien definidos y caracterizados.

La doctrina caduca de la separación de los Poderes Públicos (*d*), según la cual el Estado sería un cuerpo inorgánico, compuesto de partes inconexas, pretendió establecer que cada órgano no debía desempeñar más que una sola función; y es claro que con arreglo a este criterio, bastaría averiguar cuáles son los órganos del cuerpo político para saber si debemos tener o no por cosas diferentes la Administración y el Gobierno. Pero es la verdad que en la práctica no se puede seguir este procedimiento porque

(*d*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, t. I, vol. I, pág. 257, edición de 1915.

Blunschli, *Théorie générale de l'État*, liv. VII, chap. VII, pag. 458.

Goodnow, *Derecho Administrativo Comparado*, t. I, lib. I, cap. III, pág. 30.

ligadas como están todas las instituciones del Estado por una trabazón orgánica, la mayor parte del tiempo sucede que los órganos, todavía imperfectamente diseñados, desempeñan funciones promiscuas, esto es, de varia naturaleza.

En comprobación, descompongamos analíticamente la actividad fisiológica de cualquiera de las instituciones públicas; estudiemos, verbigracia, el ejército. ¿Qué vemos? Vemos que además de sus funciones peculiares, cuales son las militares, ejerce funciones judiciales por medio de sus tribunales, funciones políticas cuando se declara una parte del país en estado de sitio, funciones legislativas cuando conquista territorios de un Estado extranjero, funciones administrativas cuando atiende a su propia provisión. ¿Se querrá decir que el ejército que hace tantas cosas está mal organizado?

Estudiemos el Poder Judicial. Qué vemos? Vemos que además de su función propia, cual es la de administrar justicia, las Cortes superiores ejercen facultades inspectivas sobre los jueces, sobre los abogados y sobre los empleados auxiliares de la Administración judicial; y facultades políticas en cuanto cooperan a la conservación del orden público y en cuanto admiten recursos contra los actos ilícitos de los gobernantes. ¿Quiere decir esto que se entrometen en campos que no son de su incumbencia y que se las debe despojar de las facultades extrañas a la judicatura?

Estudiemos el Poder Político. ¿Qué vemos? Vemos que además de sus funciones peculiares, cuales son las que miran a la conservación y desarrollo del orden, ejerce funciones judiciales en cuanto falla expedientes de montepío, de jubilación y de retiro, y funciones legislativas en cuanto ejercita las prerrogativas de la iniciativa, del veto, de la discusión y de la sanción de las leyes. ¿Acaso se podría condenar en nombre de la ciencia esta promiscuidad de funciones?

Lo repetimos: es sentar una noción muy errónea el afirmar que cada función esté o deba estar localizada en un solo órgano. Bajo de muchos respectos, el Estado es

un organismo cuyos miembros, conectados entre sí, se afectan recíprocamente y forman un consensus. No se lo tome como un agregado de partes inconexas semejantes a un mineral. Sujeto a la ley de un desarrollo indefinido, podemos decir que aun en la forma más perfecta que ha alcanzado, semeja un simple embrión, cuyos órganos mal diseñados desempeñan a menudo funciones promiscuas; y dado este carácter orgánico de su constitución, no es presumible que las instituciones que lo componen hayan de adquirir algún día vida propia para actuar independientemente. Se puede y se debe establecer en la ciencia del derecho público la distinción de las funciones políticas, legislativas, administrativas, judiciales para los efectos de determinar el carácter predominante de cada institución y la tendencia espontánea de su desarrollo. Pero de hecho, a lo menos por ahora, es imposible constituir el Estado en forma que a la distinción de funciones corresponda una separación absoluta de los órganos. Si se estableciera una separación muy rígida entre todas las instituciones, observa Bertolini, quedarían comprometidas la unidad, la armonía y de consiguiente, la rapidez de la acción del Estado (*e*). Tomada en un sentido absoluto, dice Franqueville, la separación de los Poderes es una quimera que si llegase a existir, constituiría en cada Estado tres soberanías independientes, es decir, la lucha y la anarquía (*f*).

En conformidad con esta doctrina, no hay otro medio de averiguar si la administración y el gobierno son cosas diferentes que el de determinar la naturaleza de las funciones administrativas y gubernativas puesto que nada significa el que unas y otras hayan estado a cargo de unos mismos órganos.

(*e*) Bertolini, *Saggi di Scienza e Diritto della Pubblica Amministrazione*, t. I, pag. 54.

(*f*) Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, t. I, pag. 9.

Holtzendorff, *La Politique*, § 46.

A este propósito observaremos primeramente que entre los actos de los funcionarios públicos, se distinguen a primera vista porque su naturaleza les diferencia de los actos de la vida civil, aquellos que mandan, prohiben o permiten; que dan, quitan o declaran derechos; que organizan las instituciones sociales y políticas; que imponen gravámenes obligatorios al Fisco o a los particulares, etc. Son actos de autoridad que suponen el ejercicio de una parte de la soberanía y que ni vulgar ni científicamente se pueden asimilar a los de los empleados particulares. Dictar leyes es legislar; declarar derechos es hacer justicia; dictar decretos es gobernar. Nada de eso es servir; nada, administrar.

Pero no todos los actos de los funcionarios públicos son de esta naturaleza. Entre ellos se cuentan otros que el empleado del Estado ejecuta a la manera de cualquier mandatario particular, sin necesidad de que se le invista de autoridad. Cuéntanse en esta segunda clase aquellos que son requeridos por la gestión de los caudales, de los institutos y de los servicios públicos; por la provisión, la compra y la venta de provisiones para la policía y para el ejército; por la gerencia de los ferrocarriles, de los correos, de los telégrafos, de los hospitales; por la construcción y conservación de los caminos, puentes y demás obras públicas, etc., etc. Cuando un empleado hace algo de esto, no legisla, ni juzga, ni gobierna, esto es, no ejerce autoridad alguna. Lo que hace es servir, o sea, administrar.

Con estas someras observaciones, tenemos ya allanado el camino para distinguir entre sí la administración y el gobierno.

El Poder Ejecutivo, denominación poco feliz que desde Montesquieu se suele dar al gobierno, es aquella institución que está encargada de cumplir los fines políticos del Estado, cuales son los de conservar y desarrollar el orden, ejerciendo de propia autoridad una parte de la soberanía como se lo permitan las circunstancias sociales y en conformidad con un ideal que debe cambiar a la par con las corrientes dominantes de opinión. Al gobierno es a quien

principalmente corresponde fijar en cada momento el rumbo del Estado e imprimir a la República carácter liberal, radical o conservador. Su característica es que nada puede hacer sino ejerciendo autoridad, por manera que cada acto suyo es un decreto, una orden, una disposición imperativa. Las órdenes de allanamiento, los nombramientos, licencias y destituciones de los empleados públicos; las visitas de inspección, la expedición de instrucciones y reglamentos son actos de autoridad; y toda iniciativa para ordenar la contratación de profesores o maquinistas, para construir obras públicas, para hacer una exposición industrial, para fomentar de cualquier modo el progreso es también acto de gobierno porque fija un rumbo determinado a la administración. Y nótese bien: merced al ejercicio de la potestad reglamentaria, o en otros términos, merced al desempeño de la función política, que es la que le corresponde por naturaleza, el gobierno crea derecho administrativo, pero no administra.

Muy otros son los caracteres propios de la función administrativa. Instituída de alto abajo para prestar servicios, la Administración no comparte con los Poderes Públicos el ejercicio de la soberanía aun cuando sus jefes, según veremos, deban estar investidos de alguna autoridad disciplinaria. Los empleados que corren con las aduanas, con las tesorerías, con los correos, con la construcción de las obras públicas, etc., no invisten carácter alguno que les distinga de los empleados de los bancos, de los almacenes, de las sociedades anónimas. Para servir como profesor en un Liceo del Estado o como jefe de estación en los ferrocarriles fiscales, no se necesita más autoridad que la que se necesita para prestar los mismos servicios en empresas particulares. Si el gobierno desempeña sus funciones mandando, la Administración desempeña las suyas sirviendo. A menos de alterar profundamente el sentido usual de las palabras, no se puede decir que ejerzan potestad los empleados que tienen a su cargo la contabilidad fiscal, o la higiene pública, o el trasporte ferroviario.

La Constitución de Chile declara (art. 72) que al Ma-

gistrado Supremo está confiada la Administración y el Gobierno de la República; de donde viene sin duda que en el lenguaje vulgar, se usen promiscua e indistintamente las expresiones: Gobierno Montt y Administración Montt, Gobierno Pérez y Administración Pérez, Gobierno Sanfuentes y Administración Sanfuentes. A nuestro juicio, según la doctrina que venimos exponiendo, hay una impropiedad manifiesta en este uso promiscuo de dos expresiones que no son sinónimas, porque si es verdad que el Presidente de la República gobierna, también lo es que no administra aun cuando tenga a su cargo la Administración.

Comprendamos alguna vez que una cosa es administrar y otra dirigir la administración, una cosa servir y otra reglamentar los servicios.

Comprendamos así mismo que aun cuando la Administración y el Gobierno intervengan en unos mismos asuntos, intervienen con diferente competencia. El Gobierno decreta la inversión, y la Administración efectúa el pago: el Gobierno manda ejecutar la obra, y la Administración la construye; el Gobierno ordena celebrar un contrato, y la Administración lo firma; el Gobierno nombra los empleados, y la Administración los ocupa; el Gobierno reglamenta los servicios, y la Administración los desempeña; y por último, mientras la Administración sirve, el Gobierno, que la tiene a su cargo, la supervigila, la dirige, la impulsa, la organiza.

De ordinario, toda tarea administrativa empieza por un acto que la autoriza, que la decreta, que la reglamenta; esto es, por un acto político, por un acto gubernativo. Es tarea administrativa la construcción de un hospital, pero es acto político su fundación. Es tarea administrativa la gestión de una empresa ferroviaria, pero el Estado ejecuta un acto político cuando resuelve tener ferrocarriles a su cargo. Es tarea administrativa construir canales de navegacion o de regadío, pero la Admistración no puede empezar a construirlos antes que el Gobierno acuerde fomentar por este medio la industria y la agricultura, adoptando la política proteccionista.

Cuando hemos aprendido a distinguir las funciones políticas y administrativas, no hay el menor peligro de que la trabazón orgánica que existe entre los miembros del Estado nos induzca en el error de confundir la Administración y el Gobierno. Así como nadie sostiene que el Gobierno sea una institución militar porque tenga a su cargo el ejército, ni una institución docente porque dirija la enseñanza, así tampoco se puede decir que sea una institución administrativa porque organiza, dirige y supervigila los varios servicios de la Aministración Pública. ¿Quién confundió jamás en el organismo humano la actividad intelectual, que es directriz, con la actividad física, que es subordinada?

No ignoramos que hay casos en que la confusión es muy explicable. Como quiera que en todo departamento administrativo, los empleados superiores, o sea los jefes, están siempre investidos de cierta autoridad, esto es, de facultades semi-políticas para mantener la disciplina, parece ser en el primer momento que no siempre es el servicio la función propia y característica de la Administración, y que por lo menos en las jefaturas y superintendencias, no hay fundamento plausible para distinguir la Administración y el Gobierno.

Pero en realidad, el hecho de que los jefes administrativos ejerzan cierta autoridad sobre sus subalternos ni les da el carácter de gobernantes ni les quita el de servidores. Como ya lo hemos demostrado, no hay en el Estado ningún órgano importante que viva reducido a desempeñar su función propia. Sin excepción alguna todos desempeñan, fuera de sus funciones propias, algunas extrañas. Fuera del Congreso, hay autoridades que ejercen ciertas atribuciones de carácter legislativo, y fuera de los tribunales, hay autoridades que ejercen atribuciones judiciales. De la misma manera hay en la República funcionarios que sin ser gobernantes, ejercen facultades políticas (*g*).

(*g*) El precedente parágrafo (§ 96) es mera trascripción de una lección de apertura del curso de Derecho Administrativo que en la Escuela de Leyes teníamos a nuestro cargo, lección que el año de 1898 apareció publicada en los *Anales de la Universidad*. Posteriormente ha sido

§ 97. Establecida la distinción entre la Administración y el Gobierno, creemos que no lograríamos determinar con acierto los orígenes de los primeros servicios públicos si a la vez no pusiéramos de manifiesto el estado de subordinación y dependencia en que la organización administrativa nace y se desarrolla, vive y funciona.

Por respetar el orden cronológico, dando a la vez una idea más clara de la manera como se forma la estructura orgánica del Estado, hemos anticipado el estudio de la más fundamental de las instituciones administrativas, cual es la fuerza política. Corresponde ahora determinar la génesis de aquellos otros servicios que por su importancia militar (respecto predominante en los pueblos atrasados) se han de instituir en los primeros grados del desarrollo político. Al determinar su génesis, quedará de manifiesto el estado de subordinación en que nacen.

Por de contado, no debemos esperar que la historia y la etnografía nos suministren los datos en la abundancia que sería menester para estudiar los orígenes de la administración pública con la minuciosidad con que hemos estudiado los de los Poderes del Estado. Eso no. Sea un país culto, sea bárbaro, a los viajeros que lo visitan, a los historiadores que estudian su vida les llaman mucho más la atención los actos de los Poderes Públicos que el callado y modesto funcionamiento de los servicios administrativos. Muchas obras históricas y etnográficas se podrían citar que hablan más o menos extensamente de los Poderes Públicos, en particular del Gobierno, y que no mencionan tal o cual servicio administrativo sino porque ha llamado la atención por alguna singularidad. La deficiencia de las fuentes de información, aunada con la menor importancia que en la constitucion del Estado tienen los servicios respecto de los Poderes, nos precisa a recorrer más rápidamente esta parte del campo de nuestros estudios.

aceptada por algunos publicistas la doctrina que expusimos en aquella lección sobre la naturaleza de las funciones administrativas y que entonces fué una novedad.

De todos los elementos internos del Estado, los que más tardíamente nacen, se desarrollan y diversifican son los servicios públicos. En los grados inferiores del desenvolvimiento político, no se pagan impuestos, y de consiguiente, no hay servicio de recaudación; no se remuneran las funciones públicas, y de consiguiente, no hay oficinas pagadoras; no corre de cuenta del Estado el armamento y la provisión de los militares, y de consiguiente, no hay comisarías; no se cura nadie de la higiene, ni de la beneficencia, ni de la edilidad, ni de la educación, y de consiguiente, tampoco hay empleados que atiendan a estas necesidades; y si es verdad que hay fuerza pública, también lo es que ella está vinculada a la sociedad entera y que sólo en grados superiores del desarrollo del Estado se forma un órgano especial, el ejército, para que desempeñe exclusivamente las funciones militares.

En otra parte (§ 65) hemos observado que originariamente el Estado nace y se organiza para la guerra, y ahora agregaremos que mientras concreta su misión a preparar la victoria, no puede preocuparse de instituir otros servicios que aquellos que están dirigidos a mantener y robustecer la organización militar, como son los de recaudación, de pago, de provisión, de construcción de obras defensivas, etc., etc. Vano empeño sería buscar en estos primeros grados del desenvolvimiento político ni ediles, ni maestros, ni higienistas, etc. En la infancia de los pueblos, no hay, no puede haber más servicios que aquellos que constituyen la administración *política*, cuales son los que miran a la existencia y vida del mismo Estado.

Así mismo, hemos observado más arriba (§ 66) que cuando la anarquía o las guerras se prolongan mucho tiempo, los pueblos adoptan espontáneamente el régimen político que más se asemeja al régimen militar, cual es, el autocrático. Pues bien, bajo el imperio de las autocracias, que en interés de sus usufructuarios a menudo subsistieron hasta largos siglos después de haber desaparecido las circunstancias que las justificaban, es casi imposible que el Estado llegue a concebir la elevada noción de sus fines

sociales. Identificado el Estado con la autocracia, los que tienen en sus manos las riendas del Poder no pueden aceptar en principio la que conceptúan degradante condición de servidores del pueblo. Cuando el autócrata, el inca, el faraón, el sultán se preocupa de la suerte de sus súbditos, su atención no va más allá de lo que juzga absolutamente indispensable para explotarlos mejor. Es la atención del amo por sus esclavos, no el cumplimiento de una misión social. De estas observaciones se infiere que todos aquellos servicios que en los pueblos civilizados constituyen la que se ha llamado administración *social* porque miran al bienestar y prosperidad de las sociedades; no nacen, no pueden nacer sino en grados más o menos altos del desarrollo político, cuando ya el Estado ha amplificado mucho la órbita de su misión, persuadiéndose a que está instituído, no en interés de sí mismo o de los gobernantes, sino en el de los pueblos. La doctrina individualista, que querría concretar sus fines a la tarea de conservar el orden interno y la independencia nacional, es a la luz de estas observaciones una tentativa inconsciente de reacción hacia los grados primitivos del desarrollo político.

Aunque la administración pública nunca pueda faltar, el Estado es dirigido y en su parte fundamental, formado solo por los Poderes Públicos. Son ellos los que dan a su Constitución carácter democrático, aristocrático, oligárquico o autocrático; ellos son los que imprimen a su actividad tendencia progresista, conservadora o reaccionaria; ellos, los que fijan las garantías con que cuentan los ciudadanos, sus personas, sus bienes, sus libertades. En cuanto a la Administración, que no tiene la menor ingerencia en la dirección política, se desarrolla precisada a seguir los rumbos que se la trazan, a secundar propósitos ajenos, a servir de mero auxiliar. La política declara la guerra y la Administración suministra la fuerza, las armas y las provisiones. La política acuerda construir ferrocarriles y la Administración suministra ingenieros, obreros y recursos. La política se encarga de la instrucción pública y la Administración suministra el personal docente. En una palabra, la

política hace todo aquello que no se puede hacer sino por ley, por decreto, por mandato u obra de autoridad; y queda cargo de la Administración la ejecución y el servicio.

Sea por causa de su tardío aparecimiento, sea por efecto de su carácter meramente auxiliar, la organización administrativa nace y se desarrolla en todas partes y en todos los tiempos subordinada a la organización política. Cuando por causa de revoluciones se cambia solo la organización política, sobrevienen períodos más o menos largos de ensayos para adaptar al nuevo orden constitucional la organización administrativa. En algunos de los pueblos americanos que a principios del siglo XIX derribaron la Constitución monárquica, hasta hoy mismo no se ha cerrado el período de adaptación de la organización administrativa a los ideales republicanos.

Aunque algunos pueblos hayan pasado períodos de escandaloso desbarajuste y corrupción administrativa, la historia política casi no recuerda revoluciones contra la administración pública. Las revoluciones sólo se hacen contra los Poderes del Estado. Por qué? porque la administración pública no es responsable de sí misma ante los pueblos. Ella presta sus servicios como se lo mandan. Si sirve bien, es porque ha sido bien organizada y está bien dirigida. Si sirve mal, es porque los Poderes Públicos la han o descuidado, o corrompido, u organizado defectuosamente. Guiados solo por el instinto, los pueblos no se equivocan: siempre que tienen quejas contra la Administración, se alzan contra el Gobierno.

Tanto por causa de su condición dependiente y subordinada cuanto por causa de la naturaleza de sus funciones, la administración pública se desarrolla sujeta a trabas que en cada momento limitan y fijan el grado de su crecimiento.

El vulgo se imagina que los legisladores pueden hacer su regalada gana en materias administrativas y que para tener una buena administración les bastaría reproducir una que funcione bien en cualquier Estado civilizado. Profundo error, porque ni la consecuencia con los principios constitucionales ni las condiciones externas en que la Adminis-

tración ha de funcionar permiten ni la organización arbitraria ni la reproducción servil.

Acaso no iría el vulgo descaminado si la administración de los Estados se formase con elementos propios, extraños a la sociedad, traídos verbigracia de la luna. Pero no es esto lo que sucede.

La administración de cada Estado es un órgano de la sociedad que para desarrollarse tiene que emplear elementos sociales y que crece o decrece, se complica o simplifica a la medida de las necesidades sociales. Formada de un mecanismo simplicísimo en los pueblos más atrasados, donde se sienten menos necesidades, va desarrollando nuevos órganos para desempeñar nuevas funciones conforme adelanta la cultura nacional. La administración se proporciona al grado de desenvolvimiento de la sociedad, observa Di Bernardo, porque vive en la sociedad. Por eso, en la historia de la evolución social de cada pueblo se puede leer la historia de la administración pública, « así como el geólogo lee en las varias estratas de la tierra la historia de los cambios de nuestro planeta, o así como el filósofo lee en las palabras que pronuncia la historia de los cambios que el lenguaje ha sufrido en el trascurso de los siglos (*h*).

Pero esta doctrina explica no sólo el desarrollo de la organización administrativa, sino también su funcionamiento. Las necesidades sociales la desarrollan, y las necesidades sociales la impulsan a obrar y gradúan la eficacia de su acción. La administración funciona para satisfacerlas y no obtiene buen suceso sino en tanto cuanto las satisface. Aun en aquellos casos en que dispone de recursos inagotables y de fuerzas abrumadoras, ella no puede nada si no cuenta con la cooperación social. Durante una gran parte de la Edad Moderna, los gobiernos de Italia, de Alemania y de Grecia pasaron empeñados en extirpar el bandolerismo, y no lo conseguían porque los bandoleros contaban con el amparo, el encubrimiento y la complicidad de las poblacio-

(*h*) Di Bernardo, *La Sociologia e la Pubblica Amministrazione*, t. I, pag. 422.

nes. Esta doctrina, entonces, fija a la vez la amplitud y los límites de la acción del Estado y explica al mismo tiempo el acierto y el fracaso de tales o cuales empresas administrativas.

¿Por qué no podemos tener en Santiago una grande universidad como la de Francia? ¿Por qué nuestros ferrocarriles no pueden ser tan bien administrados como los de Inglaterra? ¿Por qué no podemos trasplantar a Chile el sistema de provisión de los cargos públicos que rige en Alemania? ¿Por qué? Por una razón muy sencilla que la doctrina científica nos sugiere: porque un pueblo no puede tener ni servicios ni instituciones administrativas que sean superiores a su cultura y que no respondan a verdaderas necesidades sociales.

Si la extraordinaria actividad administrativa de los últimos años nos induce a creer en la omnipotencia del Estado, nos convenceremos de nuestro error con solo observar el irregular funcionamiento de algunas instituciones y el completo fracaso de otras. Nadie puede impedir al Estado que dicte leyes para crear una grande institución; pero el Estado no puede hacer que ella arraigue y florezca y fructifique si el terreno no está preparado de antemano. Puede instituir las asambleas generales, pero no hacer que concurran a ellas aquellos ciudadanos cuyo consejo es más necesario a una democracia. Puede instituir el registro civil, pero no hacer que la masa proletaria de la población inscriba el nacimiento de sus hijos. Puede trasplantar a Santiago la organización de la policía de Berlín, pero de la inculta población de la capital de Chile no sacará jamás guardianes parecidos a los que custodian la propiedad y la vida en la capital de Alemania. Puede, en fin, por medio de declaraciones de incompatibilidad segregar del Congreso a los altos funcionarios públicos, pero no está en su mano impedir que las leyes de carácter administrativo se resientan más y más de la incapacidad y torpeza de los legisladores.

Es verdad que otras instituciones han florecido; pero han florecido porque la sociedad las ha alimentado con su savia.

¿Por qué está dando tan preciados frutos la enseñanza agrícola? Porque ella se instituyó para desarrollar las industrias rurales en los momentos en que, amagada la agricultura nacional por la competencia de California, de Australia y de la Argentina, se sentía por todos la necesidad de cambiar el cultivo extensivo por el intensivo. ¿Por qué las Escuelas Profesionales de niñas funcionan con una asistencia tan numerosa? Porque atienden a la necesidad de desarrollar las facultades industriales de la mujer del pueblo y de enseñarle un arte o un oficio a fin de que no necesite recurrir al vicio para vivir. ¿Por qué ha podido mantenerse un servicio tan técnico como el de la Oficina Hidrográfica? Porque siendo Chile un país esencialmente marítimo, el servicio indicado provee a grandes necesidades de nuestra marina mercante y de guerra. Como quiera que se estudie el punto, se nota, pues, lo que observa Di Bernardo, que el progresivo desarrollo de la vida administrativa es simple efecto del progresivo desarrollo de la vida general de la sociedad (*i*).

De estas observaciones se infiere claramente que las leyes escritas no dan por sí solas idea cabal de la administración pública. Particularmente en los pueblos nuevos, que viven sedientos de progreso, es muy frecuente que el idealismo de los gobernantes funde instituciones exóticas; pero los frutos que ellas rendirán, verbigracia en América, rara vez se asemejarán a los que rinden en Europa. De consiguiente, para adquirir una noción exacta de la administración de un Estado cualquiera, se necesita conocer, fuera de las disposiciones escritas, las condiciones políticas y sociales en que ella funciona; y solo en el conjunto de las instituciones de cada pueblo, en las ideas dominantes, en los hábitos, en el temperamento y en las tendencias de sus habitantes, se puede encontrar la norma verdadera de la acción administrativa (*j*).

(*i*) Di Bernardo, *La Sociologia e la Pubblica Amministrazione*, t. I, pag. 6

(*j*) Di Bernardo, ob. cit., t. I, pag. 422.

Si estas observaciones dejaran la impresión de que el desarrollo social es la única causa del desarrollo administrativo, se necesitaría aclararlas y completarlas para evitar errores de concepto. En realidad, el desarrollo social explica muy bien los orígenes de aquellos servicios que se instituyen en bien directo de los pueblos; pero no siempre explica muy satisfactoriamente los de aquellos que se instituyen en interés directo del Estado. La administración del más grande y duradero Imperio de la Antigüedad se desarrolló no sólo por obra del desenvolmiento social sino también por efecto de la conquista; y en los siglos modernos, la administración de la corona de España se ramificó y se complicó extraordinariamente por efecto de la misma causa. No hay en este fenómeno nada que no sea muy explicable. Así como el desarrollo social aumentando las necesidades de los pueblos impone a la administración pública deberes e incumbencias nuevas que ensanchan su esfera de acción, así la conquista ensanchando el territorio nacional, impone al Estado la necesidad de instituir nuevos servicios o de ramificar los antiguos, por ejemplo los de recaudación, de correos y de viabilidad, para explotar y mantener sojuzgados a los vencidos.

El crecimiento territorial desarrolla de dos maneras la administración pública, o por vía de superposición, o por vía de suplantación de servicios.

Cuando la conquista se consuma entre naciones civilizadas, donde está arraigado el estatuto real, la administración del Estado conquistador se ensancha por vía de simple suplantación a costa de la del vencido. Así, en Alsacia y Lorena el Imperio Alemán extendió su propia administración suplantando la del Imperio Francés; y en Tarapacá, Chile substituyó la administración peruana por la chilena.

Por el contrario, en los Estados atrasados, que habituados al estatuto personal resisten enérgicamente la asimilación administrativa, se impone la vía de la superposición porque la de la suplantación es impracticable. A menos que el conquistador se proponga exterminar a los vencidos, tiene que respetar la administración indígena y que concre-

tarse: 1° a imponerle su soberanía, y 2° a instituir sobre ella los servicios necesarios para afianzar y explotar la conquista.

Marquardt manifiesta como Roma, a medida que extendía su imperio, por un lado dejaba subsistentes las instituciones locales según lo hemos visto más arriba, y por otro, iba creando sobre la base de sus colonias y de las ciudades aliadas centros administrativos a los cuales afectaba los territorios conquistados y sin los cuales no habría podido mantener sojuzgados a los pueblos vencidos. La administración de los Estados aliados ejercía bajo este régimen, además de sus atribuciones originarias o municipales, otras que se le confiaban como órganos de Roma. A ella incumbía en nombre del conquistador reclutar tropas, alojarlas, alimentarlas, suministrar posada y medios de trasporte a los funcionarios romanos que iban en viaje, trasportar los caballos y los víveres, reparar los caminos, supervigilar la recaudación de los tributos, etc., etc. (*1*).

La misma política, según hemos visto, ha seguido en nuestros días Inglaterra, para extender su imperio por las cinco partes del mundo. Dejando incólumes las administraciones locales, respetando todas las jerarquías administrativas, subvencionando todos los sacerdocios, su soberanía provoca muy pocas resistencias porque prácticamente se concreta, bajo el respecto político, a mantener la dominación inglesa; y bajo el respecto administrativo, a instituir unos pocos servicios que el prestigio de su imperio requiere.

§ 98. En ninguna otra parte de la organización administrativa se puede apreciar mejor su carácter dependiente que en los sistemas o modos de provisión de los cargos públicos.

Los sistemas de provisión, la elección, la cooptación, la herencia, la suerte, la venalidad, el nombramiento simple y directo, el nombramiento indirecto y calificado, etc. son de

(*1*) Marquardt. *L'Organisation de l'Empire Romain.* t. I. pag. 18 et 19.

tan varia naturaleza que no se adaptan con igual precisión a todas las formas de gobierno ni a todas las organizaciones políticas; y por otra parte, cuando se ha constituído políticamente un Estado, la consecuencia con los principios prohibe establecer sistemas de provisión que hayan de surtir efectos contrarios a la Constitución.

★

Practicado en toda su pureza, el sistema de *la suerte* supone que todos los ciudadanos son igualmente aptos para desempeñar cada uno de los cargos públicos. En teoría, es el sistema que correspondería a un régimen de igualdad democrática absoluta (*m*).

Un régimen semejante nunca ha existido en lo pasado, ni es presumible que exista jamás en lo venidero. A pesar de todas las ideologías, los pueblos comprenden que no pueden exponerse a que el rectorado de sus universidades caiga en manos de ignorantes analfabetos, o el comando de sus ejércitos en las de idiotas inválidos.

En la Antigüedad clásica, fué de uso muy general este modo de provisión de los cargos públicos. Fuera de algunos cuerpos colegiados que en los casos de vacancia se integraban a sí mismos (sistema llamado de la *cooptación*), acaso el que tuvo más general aplicación fué el de la suerte (*n*). Pero se evitaban los peligros de las designaciones desacertadas formando previamente nóminas en que no se incluían más que nombres de ciudadanos merecedores de los cargos que se trataba de proveer. Merced a esta adulteración del sistema, la suerte, que para los antiguos no era el acaso, sino un modo como la divinidad designaba a sus favoritos, no sirvió nunca para aplicar en la administración el principio ideológico de la igualdad absoluta y más bien

(*m*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VII, chap. I, § 8.

(*n*) Aristóteles, *La République Athéniense*, § 43.
Fustel de Coulanges, *Nomination des Archontas Athéniens*, pag. 5 et 23.

se lo tuvo en calidad de sistema acentuadamente oligárquico o aristocrático.

En Chile los jurados de imprenta se forman a la suerte, según un procedimiento muy semejante al que los romanos llamaban *sorstitio*, de *sors*, suerte (*ñ*).

★

Sistema de provisión que en la Edad Media tuvo muy general aplicación y que en las naciones más civilizadas propende a desaparecer por completo es el de la *sucesión hereditaria*, que vincula los cargos públicos a familias determinadas. En los pueblos más atrasados no se encuentra aplicado este sistema sino a la trasmisión de los cacicazgos.

Hasta nuestros días no se ha explicado de manera completamente satisfactoria el origen de este sistema. Acaso está en la combinación de la influencia ejercida por antecesores ilustres con la apreciación de las ventajas que en ciertos estados sociales de anarquía y desgobierno ofrece la provisión automática e instantánea de los cargos públicos.

Esta influencia se hace sentir tanto en las monarquías como en las repúblicas porque cuando de una familia salen varios servidores públicos eminentes, se forma en los pueblos una opinión espontánea que propende a vincular tales o cuales cargos a dicha familia.

En las naciones civilizadas, especialmente en aquellas donde subsiste la institución de los mayorazgos, no se conoce más que una forma de trasmisión hereditaria, la que trasfiere los derechos de primogénito en primogénito por la línea masculina; pero en realidad son muchas y a veces muy complejas las formas de trasmisión hereditaria que en los pueblos atrasados han regido.

A virtud de la confusión primitiva del derecho privado y el derecho público, el régimen hereditario que en cada pueblo se aplica a la trasmisión de los cargos públicos es

(*ñ*) Faustin-Hélie, *Traite de l'Action publique et de l'Action civile*, N° 71.

el mismo que se aplica a la de los bienes particulares. Donde la trasmisión hereditaria de los bienes se efectúa por la línea masculina, por la línea masculina se efectúa la de los cargos públicos; donde los bienes se trasmiten por la línea uterina, por la línea uterina se trasmiten los cargos; y donde la mujer es excluída de la sucesión civil, es igualmente excluída de la sucesión política. Cuando se sigue la línea masculina, los bienes y los cargos pasan ora de primogénito en primogénito, ora de decano en decano, ora excluyendo, ora incluyendo a las hembras. Cuando se sigue la línea uterina ora pasan del hermano al hermano materno, ora del tío al sobrino uterino, ora con exclusión, ora con inclusión de las hembras.

Entre los wasukomas del oriente del África ecuatorial, entre los yerkalas, entre los jynthias y entre los kassias de la India, la herencia pasa del tío al sobrino, y en algunas comarcas slavas, de manos del actual jefe al hermano que le sigue en edad. Entre los indígenas de Valdivia y entre los de las islas Palaos, se trasmitía también de hermano a hermano y solo cuando se extinguía una generación, se trasmitía al primogénito de la rama mayor (*o*). Un régimen semejante encontramos en la Antigüedad, entre los libios, entre los nubios, etc., porque el jefe no trasmitía su herencia a sus hijos sino a los hijos de su hermana.

El régimen de la sucesión uterina nos da la clave de una costumbre muy general en sociedades semi-civilizadas. Según es sabido, en el antiguo Perú, el inca estaba obligado a casarse con la *coya*, esto es, con su propia hermana y el hijo de este connubio era el heredero del trono. La misma costumbre se siguió en el antiguo Egipto, como que en respeto a ella, la reina Cleopatra fué mujer de su hermano Ptolomeo Dionisio; y en la antigua Persia, donde Cambises aparece casado con una hermana de padre y ma-

(*o*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*. LXI.
Wilson, *Rélation des Isles Pelew*, pag. 249 et 300.
Letourneau, *Évolution de la Propiété*, pag. 121 et 423.

dre (*p*). Cuando Freycinet llegó a la isla de Mowi (1819), el jefe tenía como mujer favorita a una hermana de 17 años, y según Bory de Saint Vincent, en las Canarias, el rey tenía el privilegio de casarse con sus hermanas. Parece ser que en Siam rigió la misma costumbre (*q*).

La explicación de una costumbre tan repugnante para nuestra cultura es acaso que en estas sociedades el heredero ha sido el hijo de la hermana, y cuando el sentimiento de la paternidad se ha empezado a inclinar en favor de los propios descendientes, el jefe ha adoptado la costumbre de casarse con su hermana a fin de dejar la herencia a su propio hijo sin violar la costumbre que le mandaba dejársela a su sobrino. Que no carece de fundamento esta explicación lo deja adivinar el régimen de sucesión política del Imperio Incásico, porque según Acosta, a la muerte del Inca heredaban el cetro sus hermanos uterinos, esto es, los hijos de la misma Coya, y sólo a falta de éstos, su hijo (*r*).

De todos los sistemas de sucesión, el que ha tenido mayor importancia en la historia, es el de la primogenitura que rigió con insignificantes variantes durante toda la Edad Media en las principales naciones europeas.

A la verdad, la práctica de mejorar a uno de los hijos, a veces al mayor, a veces al menor, está establecida en numerosísimos pueblos y aparece muy justificada porque al favorecido con mayor cuota se le grava en ellos con obligaciones especiales en beneficio de la familia entera. Pero la primogenitura que constituye al mayor en único heredero de los bienes patrimoniales, con exclusión de sus hermanos, es una institución única e inconfundible, cuyos orígenes no han sido todavía bien determinados.

A nuestro juicio, se facilita sobre manera el estudio de

(*p*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. III, capítulo XXXI.

(*q*) Freycinet, *Voyage autour du monde*, t. II, pag. 530.
Bory de Saint Vincent, *Les Isles Fortunées*, pag. 99.

(*r*) Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, t. II, lib. VI, cap. XII.

sus orígenes haciendo dos observaciones previas. Es la primera, que a los principios la primogenitura no implicaba la exclusión de los postgénitos. La propiedad que no estaba todavía individualizada y pertenecía a la familia entera, era administrada en interés común por el primogénito. Solo cuando la propiedad se individualizó, apareció el primogénito como único dueño, sin que sus coherederos notasen la expoliación de que eran víctimas.

La segunda observación es que la primogenitura, así entendida, no se instituyó por regla general sino allí donde la propiedad llevaba anexo algún título nobiliario o cargo público, por su naturaleza indivisible. Que a la larga se adoptó el mismo régimen hereditario para otras propiedades no es dudoso, puesto que por él se rigen los simples mayorazgos. Pero en los primeros siglos de la Edad Media, cuando todo propietario ejercía funciones de soberano y cuando no había soberanía sin propiedad, la institución de la primogenitura respondió a la necesidad de mantener indivisa la herencia territorial para no debilitar el poder protector en pro de la familia y de los pueblos.

En concordancia con estas observaciones, Sumner Maine recurre a un principio jurídico que rige en la India para explicar la primogenitura. Aun cuando la propiedad es allí esencialmente divisible, dice, siempre que su trasmisión implica la devolución de funciones públicas, la sucesión se regla según el régimen de la primogenitura porque siendo indivisible el cargo, no puede partirse la herencia. Por una causa análoga, la Bula de Oro de 1356 declaró que en los Estados de los Grandes Electores la sucesión era indivisible, fundándose en la indivisibilidad del voto electoral (*s*).

La cualidad distintiva del sistema hereditario, sobre todo cuando se funda en la institución de la primogenitura, es la instantaneidad con que provee las vacantes de los cargos públicos; defecto capital suyo es que no provee sino

(*s*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. VII, pag. 220 à 223.
Adam Smith, *La Richesse des Nations*, t. II, liv. III, chap. II, page 415 et 416.

muy deficientemente a las aptitudes de los funcionarios. Como quiera que los otros sistemas de provisión garantizan mejor la competencia administrativa, no siempre los pueblos han aceptado sin resistencias ni para todos los cargos públicos el sistema hereditario.

Lyall y Sumner Maine han observado personalmente en la India un estado de lucha entre el sistema electivo, que da la preferencia a las aptitudes, y el sistema hereditario, que se la da a la conservación del orden. Con referencia a la primogenitura, hacen notar particularmente que en algunos pueblos de la Radjputana, donde todavía no está adoptado este régimen hereditario, los clanes no han podido fundar sistema político alguno y viven en estado crónico de desagregación molecular (*t*).

Una manera de atender conjuntamente al orden y a la competencia es la combinación del sistema hereditario con el electivo. Entre los slavos meridionales, la costumbre más general parece ser que los caciques o patriarcas alcancen el patriarcado por elección; pero las elecciones favorecen casi invariablemente a parientes del último jefe. La misma costumbre se sigue en la Radjputana y en otros países de la India; y es de presumir que no era otra la que originariamente regía en las monarquías electivas de Polonia, del Imperio Germánico, de los visigodos, de los anglo-sajones, etc. A la larga, merced a la práctica de elegir invariablemente en cada caso al primogénito, el régimen electivo quedó subsistente solo en principio y de hecho no imperó más que el hereditario.

El sistema hereditario, que excluye de los cargos públicos a la masa del pueblo, vinculándolos a un número circunscripto de familias, es el sistema peculiar de los Estados aristocráticos, y la época de su mayor florecimiento ha sido la Edad Media. No se puede tener Estado aristocrático sin régimen hereditario; y correlativamente, si no se da a todos

(*t*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chapitre V.

Lyall. *Mœurs de l'Extrême Orient*, pag. 429, 430, et 460 a 463

los ciudadanos igual opción a los cargos públicos, no puede haber democracia. Cuando O'Higgins abolió en Chile (15 de Septiembre de 1817) los títulos nobiliarios, manifestó muy bien que sus tendencias eran republicanas y democráticas.

Aun cuando este sistema tenga la ventaja de acabar con las disensiones, fijando un orden regular para la provisión de las vacantes y la de formar una clase burocrática que se adiestra hereditariamente para el desempeño de las funciones públicas, su carácter de monopolio, que mata la emulación y el estímulo y quita a la masa de los ciudadanos la noble ambición de servir a la patria, le hace impopular y le da carácter de arbitrio transitorio para salvar épocas de anarquía y desgobierno. A esto se agrega que en los casos de minoridad, de idiotismo y de propensiones viciosas o criminales o tiránicas, las regencias y tutorías no suplen sino muy imperfectamente las deficiencias de este sistema.

★

El sistema de la *venalidad* consiste en ceder los cargos públicos al mejor postor entre los interesados que cumplen determinados requisitos establecidos por las leyes.

A semejanza de los sistemas de la suerte y de la herencia, el de la venalidad es propio de los tiempos medios porque no se lo encuentra adoptado en las sociedades más atrasadas y propende a desaparecer por completo en las más civilizadas. Aunque en el Imperio Romano y en los Estados medioevales se generalizó mucho la corruptela de exigir gravosísimos presentes a los agraciados con nombramientos públicos, la venalidad como régimen normal solo se instituyó bajo de Felipe el Hermoso, a fines del siglo XIII, y su época de auge abrazó la Edad Moderna entera.

El sistema de la venalidad se generalizó rápidamente en Europa porque ofrecía recursos inagotables a las arcas escuetas de los monarcas. En las leyes recopiladas se pueden leer numerosas disposiciones que reglamentan su funcionamiento en España y sus colonias. En Chile no fué

abrogado este sistema sino después de la independencia, por resoluciones legislativas de 1811 y 1821 (*u*).

El sistema de la venalidad se fundó en la confusión primitiva del derecho público con el derecho civil, confusión que convirtió los empleos del Estado en propiedades de la corona al mismo título que cualquiera cosa venal. No otra era la doctrina que los jurisconsultos prohijaban para justificar juntamente la venta de los oficios y la avidez de los monarcas.

Al establecer la venalidad de los oficios, no se propusieron los reyes nada más, ni nada menos, que instituir una nueva fuente de recursos. En seguimiento de este propósito, acapararon todos los cargos electivos de los pueblos y multiplicaron sin tasa ni medida los empleos públicos (*v*). En Francia, sólo Luis XIV creó en 18 años 40.000 oficios nuevos, y de su venta reportó anualmente 150.000.000 libras. La inutilidad de los nuevos empleos era por lo común tan manifiesta que un superintendente de hacienda solía decir al monarca: « Cada vez que vuestra Majestad instituye un oficio, Dios crea un tonto que se lo compre ». Los Estados Generales de Francia, el Parlamento de Inglaterra y sobre todo, las Cortes de España, hicieron grandes y perseverantes esfuerzos para conseguir de la corona: 1º que prohibiese la venta de los cargos judiciales; 2º que se abstuviese de crear nuevos oficios; y 3º que suprimiese los inútiles, como decían las leyes españolas, por *consumación*, esto es, cuando por muerte, renuncia u otra causa legal, se extinguiese el derecho de los actuales titulares. Pero en la práctica no se obtenían sino promesas de enmienda que nunca se cumplían porque dadas las necesidades crecientes

(*u*) Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, t. I, pág. 130, y t. V, pág. 217.

(*v*) Por real cédula de 1620, dispuso el rey de España que en lo sucesivo no se proveyesen ni por elección ni a la suerte los cargos de regidores, sino que se vendiesen al mejor postor.

Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration Publique en France*, t. I, chap. VIII, § 18, et chap. VI, § II.

del Estado y el dispendioso fausto de las Cortes, no se podía suprimir una fuente tan grande de recursos cuando no se creaba otra para reemplazarla.

Instituído como fuente de recursos, el sistema de la venalidad trajo consigo dos beneficios inesperados. Fué el primero el de haber emancipado a la justicia de la interesada tutoría de los monarcas porque los jueces no salieron ya del círculo de los obsequiosos cortesanos y se sintieron más firmes en puestos que adquirían a perpetuidad con su dinero: de este sistema nació la inamovilidad judicial (*x*). Y fué el segundo el de haber abierto la puerta a la burguesía para que sin favoritismo, con el solo producto de su trabajo, pudiera optar al desempeño de las funciones públicas (*y*). Para los monarcas, que habían ya iniciado la lucha de exterminio contra el feudalismo, el ingreso de los burgueses enriquecidos en la administración del Estado tuvo el carácter y el efecto de un gran refuerzo.

Por su naturaleza, el sistema de la venalidad, así como aquel sistema electoral que funda en la renta el derecho de voto, es propio de las constituciones plutocráticas, que vinculan las funciones públicas a la fortuna y excluyen por falta de interés a los pobres. En las naciones más cultas, donde se distingue el derecho civil del derecho público y donde prevalecen las tendencias democráticas, la venta de los oficios es injustificable.

★

En mayor o menor grado, el sistema *electivo* se encuentra implantado en todos los estados sociales, desde las tribus más salvajes que nombran sus jefes por aclamación hasta las naciones más civilizadas que para nombrar sus representantes han adoptado el voto proporcional.

(*x*) Tocqueville, *L'Ancien Régime*, pag. 87.
Louis-Lucas, *Vénalité des Charges et Fonctions Publiques*, t. II, pag. 16, 17 et 41.

(*y*) Louis-Lucas, *Vénalité des Charges et Fonctions Publiques*, t. II, pag. 40.

En sus orígenes, el sistema electivo tiene carácter puramente administrativo porque sólo se adopta cuando hay que confiar a uno o a varios una función que no pueden desempeñar todos como medio de garantizar la competencia de los encargados de desempeñarla (*z*). Solo en grados superiores del desenvolvimiento del Estado, adquiere carácter predominantemente político empleándoselo mucho más para fijar la preferencia por ciertos principios de gobierno que para garantizar las aptitudes administrativas de los funcionarios.

Por su naturaleza, el sistema electivo es propio de los Estados democráticos, donde no habiendo habido antecedentes históricos que hayan vinculado las funciones públicas a unas pocas familias o a una sola la soberanía, corresponde al pueblo ejercerlas ora por sí mismo, ora por medio de delegados. Donde los ciudadanos ejercen sus derechos electorales con independencia, discreción y patriotismo, este sistema rinde los frutos más envidiables.

Desgraciadamente, son muy pocos los pueblos que tienen la educación cívica de los suizos para manejar este instrumento de la soberanía, que es el voto. Desde los tiempos antiguos hasta nuestros días, el sistema electivo ha surtido los más funestos efectos en la mayor parte de las naciones. Donde se ha adoptado el sistema del sufragio restringido, se han formado oligarquías cerradas y egoistas que no se han cuidado para nada de la suerte de los pueblos y han convertido la política en un medio de explotar al Estado en beneficio propio (*a a*). Donde se ha adoptado el sistema del sufragio universal, llamadas las muchedumbres ignorantes y miserables al ejercicio de la soberanía, jamás se ha impedido ni que vendiesen sus votos al mejor postor,

(*z*) Aristoteles observa que en Tarento se habian duplicado todos los empleos a fin de proveer los unos por la suerte para que el pueblo entero tuviese opción a su desempeño, y los otros por la elección para garantizar el mejor desempeño de sus funciones. Aristóteles, *La Politique*, liv. VI, chap. XII, § 11 à 13, et liv. VII, chap. III, § 5.

(*a a*) Aristóteles, *La Politique*, liv. III, chap. V, § 4.

ni que la corrupción electoral acabase por corromper al Estado entero. Estos males son tanto más de lamentar cuanto que el sistema electivo tiene para ciertas funciones públicas el doble carácter de irreemplazable y de permanente.

★

Igual carácter de permanente tiene el sistema *nominativo*. Practicado espontáneamente por los jefes primitivos como medio de descargarse en parte del peso de las propias tareas, el sistema de los nombramientos se usa en seguida durante toda la vida del Estado como medio de proveer las vacantes de los cargos políticos, judiciales y administrativos, cuando la Constitución no manda proveerlas de otro modo.

Hay dos clases fundamentalmente diversas de nombramientos. Los unos se hacen directamente por la autoridad, sin sujeción a requisito alguno; los otros se hacen a propuesta de los jefes de los servicios públicos en favor de individuos que cumplen ciertas condiciones especiales de estudio e idoneidad.

Por su naturaleza, el sistema de los nombramientos simples y directos es propio de las autocracias absolutas que en la. provisión de los empleos necesitan obrar desembarazadamente para otorgar como favor lo que bajo de otros regímenes se otorga en razón de la antigüedad, de las aptitudes o del mérito. Uno de los medios que los emperadores romanos y los reyes de las monarquías modernas emplearon para avasallar a los pueblos e imponerse absolutamente fué el de multiplicar los cargos nominativos (*a b*), y acaparar la directa provisión de los que antes habían sido electivos. Cuando Luis XIV despojó a los pueblos de sus derechos electorales y se arrogó la facultad de proveer por sí mismo los cargos concejiles, la autocracia francesa alcanzó el mayor auge de su poderío.

Muy otros son los efectos de los nombramientos indirec-

(*a b*) Louis-Lucas, *Vénalité des Charges et Fonctions Publiques*. t. I, pag. 241 à 289.

tos y calificados. En primer lugar, merced a la propuesta, propende a mejorarse más y más la administración pública porque aun cuando la designación jurídica se mantiene a cargo de la autoridad política, la designación virtual queda a cargo de los jefes de oficina y de servicios, que son los más interesados en rodearse de colaboradores probos y competentes.

En segundo lugar, merced a los requisitos de estudio e idoneidad que se imponen a los aspirantes, por una parte adquieren los servicios públicos carácter técnico y se vinculan a una clase culta de los pueblos, y por otra se restringen juntamente la empleomanía y las facultades discrecionales de la autoridad política para elegir el personal del Estado.

Por su naturaleza, el sistema de los nombramientos calificados es propio de aquellos estados superiores de cultura donde la instrucción pública ha alcanzado un desarrollo que permita imponer la condición de los estudios previos y especiales. Sin violar el principio democrático que reconoce a todos los ciudadanos el derecho de igual opción a todos los cargos públicos, se pueden confiar entonces las funciones del Estado exclusivamente a una clase culta y selecta.

★

Dado el carácter servil de la organización administrativa, sería empeño vano buscar los orígenes de los sistemas de provisión de los cargos públicos independientemente de la respectiva organización política. A cada forma de gobierno, a cada constitución política y aun diremos, a cada estado social, corresponde un sistema de provisión que nace y se desarrolla espontáneamente a su lado.

En contra de esta doctrina, se observará quizá que en todos los Estados, bajo los más diferentes regimenes, se aplican indistintamente los más variados sistemas de provisión y que, por consiguiente, no se puede inferir de los hechos la correlación que hemos enunciado. Pero si estudiamos el fondo de las cosas, esta objeción confirma nuestra

doctrina. El empleo simultáneo de varios sistemas de provisión en todos los Estados, solo significa que ninguna organización política de las practicadas en la historia es puramente autocrática, o puramente aristocrática, o puramente plutocrática o democrática. Todas, absolutamente todas, son mixtas, y solo se distinguen por su carácter predominante (*a c*). En la autocrática Rusia, hay principios democráticos, de los cuales son manifestaciones sus elecciones locales y las asambleas generales de sus aldeas; y en la democrática Francia, se sostiene en principio, bajo de la República, que incumbe al jefe del Estado hacer todos los nombramientos sin sujetarse a condiciones de ninguna naturaleza (*a d*).

Este carácter mixto que todas las organizaciones políticas tienen no es un defecto. Es al contrario una calidad que las hace viables, porque establecidas como deben ser bajo la inomisible condición de amoldarse al estado social y a los antecedentes históricos, es claro que influencias tan múltiples y complejas excluyen por completo esas ideologías que, sueñan el sueño imposible y tonto de una constitución fundada en un principio absoluto cualquiera. Por lo mismo nunca se ha establecido ni es presumible que jamás se establezca una organización política que adopte un solo sistema para la provisión de todos los cargos, públicos.

En la Constitución chilena de 1833, hoy muy cambiada por numerosas leyes y sobre todo, por las prácticas parlamentarias, encontramos sistemas de provisión que evidentemente corresponden a regímenes políticos muy diversos, combinados entre sí para formar uno solo mixto. Por una parte, el primitivo art. 8º dejaba ver la tendencia oligárquica de este Código cuando exigía como condición para ejercer los derechos electorales poseer una propiedad de un valor determinado o ejercer alguna profesión, arte, industria o

(*a c*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VI, chap. VII.

(*a d*) Dupriez, *Les Ministres*. t. II. pag. 495 à 497.

empleo equivalente; y por otra, el art. 82 dejaba ver su tendencia autocrática cuando confería al Presidente de la República la facultad de proveer la cuasi totalidad de los empleos públicos sin sujeción a condición alguna.

§ 99. Una y otra vez hemos observado que a los principios el Estado se organiza exclusivamente para la guerra, como que no nace sino por efecto de las necesidades bélicas.

Correlativamente, por causa de su condición subordinada, la administración tiene siempre a los principios carácter acentuadamente militar y no funda más instituciones que aquellas que la guerra más o menos permanente hace indispensables.

Presumiblemente los primeros servicios administrativos son instituídos por los jefes militares como medio de descargarse de la parte más pesada y menos gloriosa de sus tareas; y no han de tener a los principios carácter público, bastando que el cacique o reyezuelo los confíe a sus amigos, a sus cortesanos, a sus domésticos en forma de comisiones privadas de amistad y de confianza. De la misma turba multa de áulicos y caudatarios de donde hemos visto salir los grandes consejeros reales, los poderosos ministros de Estado, los miembros de las Cortes Supremas de Justicia, salen también muy paulatina e insensiblemente los recaudadores, los proveedores, los administradores de los bienes fiscales, y los directores de aquellas obras públicas, como las murallas, los puentes y los caminos, que integran la organización militar de los pueblos atrasados (*ae*).

Como quiera que la administración nace bajo el impulso de las necesidades bélicas, cuando el pueblo entero está organizado para la guerra, fatalmente tiene que suceder a los principios que todas las funciones públicas, aun aquellas que en los pueblos cultos se estiman civiles, sean desempeñadas exclusivamente por militares. No anda descaminado Thonissen cuando observa que los jueces instituídos por Moisés a la cabeza de grupos de diez, de ciento y de mil

(*ae*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. V, pág. 104 a 110.

hombres eran más bien comandantes militares que magistrados judiciales; y cuando Aristóteles dice que en Malia los guerreros componían el cuerpo político, que allí los magistrados se elegían de entre los ciudadanos que formaban parte del ejército, y que las primeras repúblicas de toda la Grecia, sucedáneas de la reyecía, se compusieron exclusivamente de los hombres que cargaban armas; muy a las claras deja entender que todos los empleos civiles tenían que confiarse a los militares (*a f*).

En los primeros siglos de Roma, la palabra *milicia,* como lo deja colegir su etimología (de *miles*, soldado que formaba parte de un contingente de *mil* hombres) se empleaba solo para significar la fuerza pública organizada. Cuando cayó derrumbada la República, se empleó la misma palabra para designar el numeroso personal de domésticos del emperador, todos militares. A poco, por extensión, se dió el mismo nombre al personal de domésticos de los gobernadores de provincia representantes del príncipe. Y por último, se concluyó por llamar milicia al cuerpo entero de los empleados civiles. Pues bien, este desarrollo y esta trasposición del sentido de la palabra *milicia* fué efecto de la evolución de los servicios civiles. Cuando los servicios civiles del palacio estaban a cargo de militares, los domésticos formaban un cuerpo que sin mayor impropiedad pudo llamarse milicia; pero por hábito se siguió dando el mismo nombre al personal administrativo cuando Diocleciano y Constantino empezaron a separar las funciones civiles de los cargos militares (*a g*).

En segundo lugar, se revela el carácter militar de la administración primitiva en la minuciosa reglamentación de la vida entera del hombre.

Una y otra vez se ha observado que en los códigos pri-

(*a f*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VI, chap. X, § 10.
Thonissen, *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens*, t. I, pag. 210 et 211.

(*a g*) Louis-Lucas, *Étude sur la Vénalité des Charges publiques*, t. I, pag. 368 à 371.

mitivos de la humanidad aparecen reglamentadas no sólo la actividad jurídica de los hombres sino también su conducta moral, sus prácticas religiosas, su higiene, su trabajo, su comida, etc. Esta minuciosa reglamentación es originariamente obra del espíritu militar, impuesta por la necesidad de establecer la disciplina y de procurar la unidad de acción (*a h*).

La influencia del espíritu militar es tan incontrastable que aun en las sociedades más civilizadas espontáneamente se establece el mismo régimen siempre que se hace sentir la misma necesidad. Aun cuando en principio nos parezca ser insoportable tiranía el que la administración reglamente aquella parte de nuestra conducta que nada tiene que ver con el derecho, es el hecho que a esta reglamentación vive sujeta en los Estados cultos la porción más fuerte y altiva de la población. ¿De qué gente si no están compuestos los ejércitos? ¿Y cómo si no se la disciplina y se aunan sus esfuerzos? No de otra manera que como lo hace la administración de los Estados semi-bárbaros, esto es, prescribiendo el corte de la barba y del cabello, el corte y los colores del vestido, los lavatorios, los ejercicios gimnásticos, las horas de sueño y de comida, la manera de usar las armas, y hasta la manera de saludar. Si la masa de los pueblos no está sujeta a esta reglamentación en las sociedades más civilizadas, no es por otra causa sino porque en ellas se sacrifica el espíritu militar a los intereses industriales, a los cuales repugna toda traba puesta al libre ejercicio de la actividad humana.

Spencer pretendió dividir la vida política entera de los pueblos en dos épocas perfectamente distintas y caracterizadas: una en que predomina el espíritu militar y con él los gobiernos autocráticos y las reglamentaciones administrativas; y otra en que predomina el espíritu industrial y con él los gobiernos liberales y las administraciones que dejan hacer. Según el mismo pensador, las naciones más civilizadas de nuestros días no habrían llegado todavía a la

(*a h*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 259, pag. 150 à 153.

época de pleno predominio del industrialismo y se encontrarían en un período de simple transición (*a i*).

Por más precipitada y endeble que sea esta generalización, no es dudoso que en primer lugar al espíritu industrial debe la civilización la abolición de las reglamentaciones primitivas, la libertad del trabajo y del comercio, la supresión de las aduanas interiores, la de los privilegios de correos, de amonedación, etc.; y que obra del mismo espíritu son en gran parte la unión postal de todos los pueblos, los servicios internacionales de higiene y de estadística, los tratados que garantizan la propiedad de los inventos y la de las obras literarias, etc., etc.

§ 100. Hemos observado más arriba (§ 66) que en las tribus anorgánicas el jefe militar que triunfa en la guerra, espontáneamente propende a conservar en sus manos la autoridad una vez restablecida la paz; y que cuando del seno de una familia salen en varias generaciones sucesivas grandes servidores públicos, especialmente generales victoriosos, el agradecimiento de los pueblos la recompensa confiándola el poder supremo a perpetuidad y elevándola a la dignidad de dinastía hereditaria. Pues bien, de estos fenómenos de la sociología, proviene a la larga la necesidad de diversificar una de las ramas más importantes de la administración pública.

(*a i*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, chap. X.

Generalmente se atribuye a Spencer esta generalización porque sin duda él ha sido el que ha acopiado más datos para probarla. Pero es la verdad que de antemano, por lo menos desde 1838, la había inferido Augusto Comte de la historia del desenvolvimiento político de las naciones. « Tous les divers moyens généraux d'exploration rationnelle, applicables aux recherches politiques (decía el inmortal filósofo), ont déjà spontanément concourn à constater d'une manière également décisive, l'inévitable tendance primitive de l'humanité à une vie principalement militaire, et sa destination finale non moins irrésistible, à une existence essentiellement industrielle. Aussi aucune intelligence un peu avancée ne refuse-t-elle desormais de reconnaître, plus ou moins explicitement, le décroissement continu de l'esprit militaire et l'ascendant graduel de l'esprit industriel comme une double conséquence necéssaire de notre évolution progressive ». Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, LI[e] Leçon, pag. 504.

Como lo observa Spencer, la institución del sistema hereditario para la provisión del gobierno provoca un serio antagonismo, que a menudo se mantiene latente, pero que a veces estalla entre la aptitud y la herencia del mando (*a j*). Aun cuando el régimen hereditario se instituya a los principios como para recompensar servicios militares, ello es que él no puede garantizar la capacidad militar de los herederos del fundador de la dinastía. Fatalmente llega un día en que alguno de ellos se encuentre ante sus súbditos en una situación desmedrada quedando de manifiesto, a veces a costa de ignominiosas derrotas, su ineptitud para el comando de los ejércitos.

Aun prescindiendo de la incapacidad militar, la necesidad de separar las funciones ha de sobrevenir cuando la complicación creciente de las atenciones administrativas pone a los jefes políticos en la imposibilidad de atender a todo, y también cuando las desconfianzas contra la masa desafecta del pueblo les retraen de alejarse para no dejarlo en libertad de alzarse contra el orden establecido.

En los primeros grados del desarrollo político, esto es, en el período inicial del entronizamiento de las dictaduras militares, cuando la disciplina y la subordinación se mantienen más por obra de la fuerza que por efecto de las relaciones jurídicas, el peligro del alzamiento ha de amagar aun la autoridad de los jefes más populares en todos aquellos casos en que por su alejamiento del Estado, se suspende el imperio coercitivo. La delegación del comando militar no sería más que un medio de evitar el alejamiento y el peligro.

Para prevenir los fracasos ocasionados por la incapacidad militar, se suele conservar el carácter electivo a la reyecía, sea que se la vincule o no a una dinastía. Electivos fueron, según lo hemos observado, los primitivos reyes de Cartago, de Esparta y de Roma (§ 66); y en el antiguo Imperio Azteca, el heredero no era investido de la realeza

(*a j*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 518.

sino cuando había dado pruebas de fortuna y acierto en el cargo de general en jefe. Por el contrario, en todos aquellos pueblos belicosos donde se adopta el régimen hereditario, sin tomar precauciones que garanticen la capacidad militar de los herederos, fatalmente se vuelve a dar tarde o temprano carácter electivo al comando de los ejércitos. Entre los guaraníes, el gobierno se transmite de padres a hijos, pero el comando militar es electivo. En la antigua Nicaragua, el jefe militar era elegido por los guerreros en mérito de su habilidad y de su valor, y el jefe civil de carácter hereditario no hacía más que acompañar al ejército. Entre los indígenas de Nueva Zelandia, donde correspondía a los jefes hereditarios el comando militar, se solía prescindir de ellos y elegir para capitanes a guerreros que se habían distinguido por su bravura. Entre los dayakes del Sacarra, va siempre un jefe militar al lado del jefe civil; y en Tahití es muy frecuente que el rey resigne en alguno de sus jefes el comando de sus ejércitos, sea porque tiene conciencia de su incapacidad, sea porque quiere evitar el peligro (*a l*).

A los casos comprobatorios citados por Spencer, podemos agregar algunos otros. Según Aristóteles, la reyecía tuvo desde sus principios carácter hereditario en Atenas, pero llegó un día en que fué menester instituir el cargo electivo de polemarca para suplir la incapacidad militar de algunos reyes (*a m*).

Cuando Tácito dice: *reyes ex nobilitate, duces ex virtute sumunt,* deja entender que el mismo régimen imperaba entre los germanos (*a n*), esto es, por debajo de los reyes hereditarios, se elegían *duques*, (que quiere decir *conductores,* o generales), en mérito de su valor.

Anotemos también que entre los chorotis y los ashlusla-

(*a l*) Spencer, ob. et loc. cit.
Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*, chap. VI, pag. 309 et 315.

(*a m*) Aristóteles, *La République Athénienne*, § 3.

(*a n*) Tácito, *Germania*, chap. VII.

yos del Chaco boliviano, según Nordenskiold, los patriarcas hereditarios que dragonean de jefes durante la paz son a menudo reemplazados en la jefatura militar durante la guerra por individuos que han manifestado cualidades especiales para combatir y para vencer (*a ñ*).

Por último, el abate Molina atestigua que mientras los *ulmenes*, patriarcas o jefes civiles eran hereditarios entre los araucanos, el cargo de *toqui* o general tenía carácter electivo (*a o*).

§ 101. Naciendo como realmente nace el Estado para la guerra, es de presumir que los servicios administrativos que primero se instituyan sean aquellos que miran a la organización y eficiencia de la fuerza pública.

En comprobación, podemos observar que entre los más antiguos servicios recordados por la historia se cuentan los de comunicaciones o correos, que originariamente tienen acentuado carácter militar.

Según Maspero, bajo la 18ª dinastía egipcia tenían establecido los faraones un vasto sistema postal para comunicarse con los gobernadores de las provincias y con los jefes de los Estados amigos y de los pueblos conquistados. Había unos mensajeros que no eran ocupados sino en las regiones del sur, otros que no lo eran sino en las del norte; y unos pocos que podían ser enviados a los cuatro puntos cardinales. Todo mensajero debía conocer las rutas y las lenguas de los países que tenía que recorrer (*a p*).

Un servicio semejante, acaso más perfecto, existió en Persia por lo menos desde los tiempos de Ciro el Grande. A lo largo de los caminos, de jornada en jornada, se apostaban hombres y caballos para la rápida trasmisión de las

(*a ñ*) Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*, chap. III, pag. 30.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 318.

(*a o*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. III, cap XXXI, pág. 482.

Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág 63.

(*a p*) Maspero, *Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient classique*, t. II, chap. III, pag. 276.

comunicaciones. El primero de los correos corría velozmente a trasmitir las órdenes y recados al segundo, el segundo al tercero, el tercero al cuarto *et sic de coeteris.* Ni la lluvia, ni el calor, ni el frío, ni la noche, eran excusas para interrumpir el servicio. «Yo no sé, dice Heródoto, que de nubes abajo haya cosa más expedita ni más veloz que estos correos inventados por los persas». Bajo los sucesores de Artajerjes, se construyeron de etapa en etapa altas torres de madera y en ellas se apostaron hombres que trasmitían a gritos los mensajes reales; y según parece, hacia la misma época se solían utilizar las palomas mensajeras (*a q*).

Entre los galos, entre los griegos, entre los turcomanos, entre los tártaros el servicio postal parece haberse instituído en tiempos anteriores a todo recuerdo; y en el antiguo Perú, a la época de la conquista española, los Incas tenían admirablemente organizados los correos.

A lo largo de los caminos, de cuarto en cuarto de legua, había casuchas que servían de vivienda a los *chasquis*, así llamados los empleados encargados del servicio. Cuando había que trasmitir mensajes, el *chasqui* los llevaba salvando a carrera precipitada la distancia entre una y otra casucha, y al llegar a la última, rendido de cansancio, los trasmitía a otro que allí le aguardaba y a su turno éste daba la carrera hasta la posta inmediata. Para comunicar las noticias de rebeliones, levantamientos o invasiones, se usaban también las fogatas encendidas en las cimas de los cerros, y por este medio el Inca solía imponerse en breves horas de lo que ocurría en los extremos de su vasto Imperio, a 500 o 600 leguas de distancia (*a r*). Por su organización estaba destinado este servicio exclusivamente al gobierno.

Durante el coloniaje, la institución de los *chasquis* fué

(*a q*) Heródoto. *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. V, cap. LII, y lib. VIII, cap. XCVIII.

(*a r*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, lib. VI, cap. VII.

mantenida en su forma originaria por las autoridades españolas; y aun cuando el gobierno de la corona mandó una y otra vez que se remunerasen los servicios de los indios que se ocuparan en la trasmisión de mensajes y correspondencia, los virreyes prefirieron respetar estas órdenes pero no cumplirlas, manteniendo gravada la población indígena con la corvea tradicional y gratuita (*a s*).

En Roma, donde el servicio postal alcanzó un desarrollo y un perfeccionamiento extraordinario, los correos fueron instituídos muy a los principios de la República y reorganizados, ramificados y mejorados bajo el Imperio.

A lo largo de las calzadas militares, se habían construído de dos en dos leguas estaciones o postas (*a t*) para el descanso de los correos y para el relevo de las cabalgaduras y de los carros. La administración encargada del trasporte de los despachos y cosas oficiales se llamaba *Cursus publicus*, correo público; y *tabellarii* eran los empleados que llevaban consigo las tablillas de la correspondencia oficial. En los carros, establecidos por Augusto para reemplazar el servicio pedáneo, se trasportaban, además de la correspondencia, funcionarios públicos y todas las cosas que las autoridades enviasen de uno a otro lugar.

Los particulares no podían servirse del *Cursus publicus* sino por favor y con licencia especial. Cuando los publicanos (*a u*) y los agiotistas querían mandar algún mensaje,

(*a s*) Solórzano Pereyra, *Política Indiana*, t. I, lib. II, cap. XIV. *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. III, tit. XVI, leyes 21 y 22. Las Casas, *Las Antiguas Gentes del Perú*, cap. XIX, pág. 171, dice que *chasquis* significa *el que toma*, «porque tomaba el mensaje el uno del otro».

(*a t*) La palabra *posta*, del latín *positum*, *posita*, significa etimológicamente lo mismo que *estación*.

(*a u*) Llamábanse *publicanos* los contratistas fiscales, como ser los constructores de obras públicas, los que se encargaban de la provisión de las legiones, los asentistas o rematantes del ramo de impuestos y tributos, etc. *Publicani sunt qui publico fruuntur ... et omnes qui quid a fisco conducunt recte appellantur publicani.* Deloume, *Les manieurs d'argent à Rome*, chap. II, pág. 94.

se valían o bien de sus esclavos y libertos (*a v*) o bien de una empresa que se conocía con el mismo nombre que los griegos daban a sus correos, *angariae* (*a x*).

A los principios correspondía a cada país proveer a los relevos de los correos y a las necesidades de los funcionarios que lo atravesaban. Nerva eximió de esta corvea a los Estados de Italia; y Séptimo Severo, que fué el primer emperador sirio, extendió la misma exención a todo el Imperio.

Así como la vastísima red de caminos construída por los romanos no tuvo por objeto abrir puertas al comercio sino facilitar el trasporte de las tropas y del material de guerra, así los correos no se establecieron para el servicio del público sino para el del Estado. En particular, Augusto no se propuso otra cosa al reorganizarlos que regularizar el servicio de sus comunicaciones con los gobernadores y con los espías que tenía distribuídos en todas las provincias del Imperio (*a y*).

Como bien se comprende, los correos, que no pueden ser a los principios de carácter internacional, solo nacen y se desarrollan por efecto de la conquista que ensanchando el territorio nacional, impone la necesidad de establecer servicios de comunicaciones como medio de dominación más que de gobierno.

Antes de la Edad Moderna y fuera del núcleo de la civilización, nunca se le ocurrió a ningún Estado poner los correos al servicio de las relaciones sociales y comerciales. Sin excepción alguna, en todas las sociedades atrasadas donde existen los correos, ellos constituyen un servicio exclusivamente oficial, y a los principios, esencialmente mili-

(*a v*) Duruy, *Histoire des Romains*, t. VI, pag. III.

(*a x*) Rothschild, *Histoire de la Poste*, t. I, pag. 37, 38, 52, et 60 à 65.

(*a y*) Suetonio, *Octavio Augusto*, cap. XLIX.

Bergier, *Histoire des Grands chemins de l'Empire Romain*, t. II, liv. IV, chap. IX et X, § 5.

Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 587 à 592.

tar, instituído como medio doble de comunicación y de espionaje. A no ser por la presión de las necesidades político-militares, los pueblos atrasados no conocerían este servicio.

Los correos conservan este carácter primitivo hasta grados muy altos de la civilización y hasta largo tiempo después que se entregan al servicio público. Cuando los emperadores romanos los extendieron por todos los pueblos que estaban bajo la mano de Roma, no se propusieron satisfacer las necesidades del comercio y de las relaciones sociales, sino tener un servicio oficial de información; y cuando los monarcas modernos lo pusieron a disposición del público para disminuir los gravámenes de su sostenimiento, se reservaron ora de hecho, ora de derecho la facultad de enterarse de la correspondencia. Richelieu, el marqués de Louvois, Luis XIV mantuvieron oficinas reservadas con el encargo de abrir las cartas y sorprender los secretos políticos y domésticos; y con el mismo propósito, prohibió Luis XV trasportarlas por otro conducto que el de la posta real. Honra mucho a la corona de España haber sido el primer gobierno que por medio de reiteradas reales cédulas, en especial por una de 1592, estableció la inviolabilidad de la correspondencia.

Mientras los correos conservan el carácter primitivo de servicio exclusivamente oficial, hacen por lo general sus carreras con mucha irregularidad porque las necesidades del gobierno son la mayor parte del tiempo intermitentes y ocasionales. Por el contrario, tan pronto como se entregan al servicio del público, las necesidades permanentes del comercio y de las relaciones sociales imponen la regularidad. Pero los grandes progresos del orden administrativo se obtienen tan lenta y trabajosamente que los pueblos tuvieron que bregar durante toda la Edad Moderna para conseguir: 1º que se pusieran los correos a disposición del público; 2º que se regularizara su servicio; y 3º que se respetara la inviolabilidad de la correspondencia.

El actual perfeccionamiento del servicio postal se debe en primer lugar a Inglaterra, que en 1839 adoptó la estam-

pilla y rebajó considerablemente el porte, y a la Unión Postal de Berna, que en 1873 estableció las bases de su unificación universal.

§ 102. Al mismo tiempo que el servicio militar de correos, se desarrolla como complemento suyo en ciertos Estados bárbaros el de la viabilidad.

En el antiguo Perú, habían construído los Incas desde el Cuzco hasta los confines norte y sur del Imperio dos caminos largos de dos mil millas; uno que iba por los llanos y otro que iba por los montes, de manera que para hacerlos, dice Garcilaso, « fué necesario alzar los valles, tajar las piedras y peñascos vivos, y humillar la alteza de los montes ». De jornada en jornada, había casuchas para los correos, y depósitos para la provisión de las fuerzas militares (*a z*).

Un camino parecido, largo de 450 parasangas, o sea de 13.500 estadios, que miden 2430 kilómetros, corría, según Heródoto, en la antigua Persia, entre Sardes y Susa, y también de jornada en jornada había postas y paraderos en número de 111 (*b a*).

Con referencia a Grecia, dice Thucídides, que a los principios, esto es, cuando cada Estado estaba reducido a una ciudad, no hubo en este país comunicaciones terrestres ni marítimas seguras; que más tarde Archelao, hijo de Perdiccas, hizo construir en Macedonia algunas fortalezas, abrió vías rectilíneas y mejoró todos los servicios públicos, en especial los relacionados con la organización militar (*b b*).

(*a z*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, libro IX, cap. XIII.

Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. XII, págs. 346 a 348.

Las Casas dice de estos caminos que « parecieran cosa soñada si los españoles no lo vieran », y que « discretos seglares afirman que ni romanos ni otras gentes algunas en los edificios destos caminos no les hicieron ventaja ». Las Casas, *Las Antiguas Gentes del Perú*, cap. XIX, páginas 161 y 162.

(*b a*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. V, cap. LII y LIII.

(*b b*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. II, et liv. II, chap. C.

Entre todos los sistemas de viabilidad construídos hasta el presente, el más vasto, completo y perfecto ha sido el de los romanos. En este ramo, como en todos los de la administración pública, tocó a la República tomar la iniciativa y al Imperio desarrollar y acabar la obra empezada. Construyéronse los primeros caminos, la vía Appia, la vía Aurelia y la vía Flaminia, respectivamente, en los años 442, 512 y 513 de Roma; y durante la República, no se alcanzó a prolongarlos fuera de Italia. El empeño de Augusto y sus inmediatos sucesores consistió en completar esta obra ramificando los caminos por todo el Imperio y prolongándolos hasta tocar las fronteras.

Según cálculos hechos por diferentes autores y que no difieren mucho entre sí, se construyeron en la sola Italia de 49 a 54 caminos con un desarrollo de unas 9000 millas; y en todo el Imperio unos 372. Desde los más extremos confines a donde llegaban, a la manera de radios de una circunferencia, todos convergían a Roma, y formando un verdadero sistema, todos partían desde la columna áurea establecida en el foro y salían de la ciudad en todas direcciones por 29 a 31 avenidas principales.

Había un camino largo de 4400 millas romanas que viniendo de York, pasaba por Londres, Boulogne, Reims, Lyon, Milán, Roma, Brindisi, Bisancio, Antioquía, Tiro y Jerusalem (*b c*).

(*b c*) Gibbon, *Décadence de l'Empire Romain*, t. I, cap. II, pag. 30. Por de contado, las importantes provincias romanas de España no quedaron sin parte en la viabilidad.

«De las dos principales cadenas de comunicaciones que venían de Italia a España, la una arrancaba de la misma Roma por la puerta Aurelia, seguía por la Toscana a Génova, a Arlés por los Alpes Marítimos, a Narbona, Cartagena, Málaga y Cádiz; la otra partía de Milán y atravesaba los Alpes cotianos y la Galia Narbonense; continuaba por Gerona, Barcelona, Tarragona, Lérida, Zaragoza, Calahorra y León, y se prolongaba por Galicia y Lusitania hasta Mérida. Cruzaban además a España otras muchas magníficas calzadas, de las cuales concurrían nueve a Mérida, siete a Astorga, cuatro a Lisboa, cuatro a Braga, tres a Sevilla y cinco a Córdoba. Calcúlase en una longitud de cerca de tres mil leguas lo que los romanos

La construcción de todo camino empezaba entre los romanos por la fijación en el terreno del rumbo que él debía llevar. Al efecto, se trazaban a cordel dos surcos equidistantes ya fuese en la llanura o en la montaña, en suelo firme o cenagoso. Por lo común, se daba a las grandes vías un ancho de 20 pies, cerca de 6 metros; las de España medían de 30 a 32 cuartas.

Trazados los surcos, se cavaba la lonja intermedia de terreno hasta tocar el suelo firme, como lo hacen los arquitectos cuando construyen grandes edificios. En algunos parajes, por efecto de las excavaciones, la lonja intermedia semejaba un verdadero canal, y quizá de esta circunstancia provino que vulgarmente se diese a los caminos el nombre de *canales*.

Abierto el canal, se empezaba la construcción propiamente tal de la vía. Lo primero que se hacía era formar en él una espesa capa de arena y cal, cuidadosamente aplanada para darle toda la consistencia y solidez posible. Hasta donde era dable, se la levantaba a un común nivel. Donde el suelo firme bajaba, se lo levantaba construyendo a veces obras costosísimas de albañilería; donde se tropezaba con alturas, aun cuando fuesen de piedra, se las tajaba para mantener la horizontalidad y la línea recta.

Una vez formada esta primera capa de arena y cal, se construían otras dos de piedra unidas por alguna tierra impermeable, una de 10 pulgadas de espesor y otra de 8. Sobre estas tres capas, se construía otra de cemento o de

tenían ramificado de calzadas. Muchas de ellas estaban cubiertas con una capa de argamasa en extremo consistente y dura; el camino que atravesaba por Salamanca lo estaba de una piedra blanquecina, que le dió el nombre de *vía argentea*». Lafuente, *Historia General de España*, t. I, lib. II, cap. VIII, pág. 240.

«Otro camino de romanos harto insigne es la entrada del reino de León a Galicia, por la montaña que llaman los Codos de Ladoco, aunque vulgarmente pronuncian Laroco. Está la peña tajada por espacio de una legua, y algunas veces de más de diez estados en hondo, para hacer camino llano, y porque va dando vueltas con ángulos, los llaman los Codos. Morales, *Corónica General de España*, t. IX, pág. 52.

greda cuyo espesor solía medir doce o más pulgadas. Por último, la superficie del camino se formaba o bien de piedra laja, o bien de cascajo y arena mezclados con cal. Era de práctica golpear y batir cada una de las capas (salvo acaso la de laja) para darle la mayor consistencia posible. De esta práctica parece haberse derivado la palabra *pavimento* (*b d*).

Como ya lo hemos dicho, todo camino se suponía tener su principio en una columna de oro colocada por Augusto en el foro, frente al templo de Saturno y desde allí a cada mil pasos de cinco pies cada uno, de donde viene *milla*, se levantaba una *piedra miliaria* en que se marcaba la distancia desde la ciudad eterna. En el lenguaje vulgar, no se expresaban las distancias por millas sino por piedras, que tanto daba.

Tales fueron a grandes rasgos los caminos romanos, algunos de los cuales están todavía hoy en servicio activo. En la historia no se conoce obra humana que revele mayor pujanza. Jamás concibió el espíritu del hombre, dice Bergier, ni su mano nunca ejecutó obra más grande. Si los caminos romanos se hubiesen construído en los tiempos de esplendor de Grecia, se los habría tenido, no por la octava, sino por la única maravilla del mundo (*b e*). Después de algunos siglos, cuando ya se había perdido el recuerdo de sus constructores y todo lo extraordinario se explicaba por medio de supersticiones, las tradiciones populares de Bélgica e Inglaterra testificaban muy seriamente que los caminos romanos habían sido construídos ora por el demonio, ora por los gigantes de las primeras edades, esto es, por fuerzas sobrehumanas (*b f*).

(*b d*) Según Bergier, la voz *pavimento* se aplica lo mismo al suelo de las casas que al de las calles y al de los caminos, y se deriva del verbo anticuado *pavire*, que significa golpear, batir, porque dichos suelos se forman amalgamando y endureciendo a golpes los materiales que entran en su formación. Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, t. I, liv. II, chap. X, § I, et chap. XI, § 4.

(*b e*) Bergier, ob. cit., t. I, Preface.

(*b f*) Bergier, ob. cit., t. I, liv. I, chap. XXVI, § 7, et chap. XXX, § 2.

§ 103. Estudiados someramente los orígenes históricos de la viabilidad, tócanos ahora determinar las causas que la originan. ¿Por qué ciertos Estados la establecen en hora tan temprana, antes que la mayor parte de los servicios administrativos? He aquí el problema que tenemos que resolver.

Por no buscar la explicación de la viabilidad en sus orígenes, algunos autores han solido atribuírla a causas completamente imaginarias.

Para unos la viabilidad responde al instinto de asociación que arrastra al hombre a entrar en relaciones con sus semejantes (*bg*). Pero si realmente la naturaleza humana está dotada de tal instinto, si no se ha tomado por instinto natural un simple hábito adquirido a la larga merced a la facilidad de las comunicaciones, ello es que en los pueblos atrasados, no se manifiesta él en forma de servir de estímulo a los viajes. En los países bárbaros y aun en los semi-civilizados, el hombre no se separa de su residencia natal sino cuando alguna necesidad se lo impone. La afición a los viajes, independientemente de todo propósito de lucro, no se forma sino en sociedades cultas, donde se ha instituído de antemano una viabilidad fácil, barata y segura.

Por efecto de la misma causa psicológica, esto es, por no haber estudiado los primeros orígenes de la viabilidad, otros autores se han valido para explicarla de una hipótesis aun más absurda que la del instinto de asociación, cual es la que atribuye a los Estados bárbaros el propósito de facilitar y estimular las relaciones sociales y comerciales. Un somero estudio de la historia basta a demostrar que uno de los propósitos más perseverantes de los Estados bárbaros y semi-civilizados es cabalmente el de entorpecer tales relaciones.

Vulgarmente se atribuye a singularidad de los antiguos chinos el haber construído en el siglo III, antes de J. C., una

(*bg*) Arrazola y otros, *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, t. VII, artículo *Caminos*, pág. 290.

muralla de incomunicación larga de 5290 kilómetros. Pero es la verdad que lo mismo hicieron muchos pueblos de la Antigüedad.

Cuando Milciades, hijo de Cipselo, fué a establecerse en la Quersoneso, llamado por los dolongos, la primera providencia que tomó en su dominio, cuenta Heródoto, fué la de cerrar el istmo, tirando una muralla desde la ciudad de Çardia hasta la de Pactia, con el objeto de impedir las invasiones y correrías de los apsintios en toda la tierra (*b h*).

Así mismo, nos refiere Jenofonte que cuando los Diez mil venían de vuelta, llegaron ante la muralla llamada de Media, construída de ladrillos ligados con asfalto, ancha de 20 pies, alta de 100 y larga de 20 parasangas. Corría esta muralla desde el Tigris hasta el Eufrates y tenía por objeto poner a salvo la ciudad de Babilonia contra las incursiones de los pueblos nómades de la Mesopotamia (*b i*).

También fué muy mentada por los geógrafos e historiadores orientales la muralla de Derbend, en la antigua Persia. Construída de piedra y plomo corría ella desde la ciudad de este nombre hasta los montes vecinos con un largo de 28 parasangas y era tan ancha que sobre su filo podían marchar de frente 20 jinetes (*b j*).

Por último, es sabido que muchos siglos antes de que Necao intentara cortar el istmo de Suez, acaso antes de la 12ª dinastía, se había construído allí mismo una muralla

(*b h*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. VI, capítulo XXVI.

(*b i*) Xenophon, *Expedition de Cyrus*, liv. II, chap. IV.

(*b j*) Justi, *Historia de la Antigua Persia*, pág. 93 del tomo II, de la *Historia Universal*, de Oncken.

Los mismos romanos construyeron entre Inglaterra y Escocia, por orden de Alejandro Severo (año 210 de nuestra Era) una muralla de aislamiento larga de 118 kilómetros. Brialmont, *La Défense des Etats et les Camps Retranchés*, pag. 12.

almenada de torres fuertes para estorbar las incursiones de los pueblos asiáticos (*b l*).

Con el mismo propósito de aislar a los pueblos, han solido ejecutar los Estados otras obras de muy diferente naturaleza.

Recordemos en comprobación las dos grandes obras hidráulicas ejecutadas por la reina Nitocris de Babilonia. Según Heródoto, fué la una la formación de un laguna de 420 estadios, que tenía por objeto alargar el camino para llegar a Babilonia, imponiendo a los viajeros un rodeo; y fué la otra la reconstrucción del cauce del Eufrates con tantas vueltas y revueltas que los viajeros que venían a Babilonia, navegando por el río, tenían que pasar antes de llegar a ella tres veces en tres días diferentes por una aldea que dependía de aquella ciudad (*b m*).

Así mismo, refiere Strabon que por temor a los ataques exteriores, los persas obstruyeron la navegación del Eufrates y del Tigris, construyendo desde su desembocadura arriba estacadas y cataratas artificiales que Alejandro el Grande hizo destruir (*b n*).

El mismo Strabon atestigua que en su tiempo el istmo de la península de Pallena, frente a Magnesia, cuyo ancho medía cinco estadios, estaba cortado por un foso que la aislaba (*b ñ*); y si Necao suspendió el corte del istmo de Suez, cuando en la obra habían ya perecido 120.000 hombres, fué porque un oráculo le advirtió que en realidad trabajaba para ahorrar fatiga al bárbaro, esto es, que el canal

---

(*b l*) Maspero, *Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient*, liv. II, chap. IV, pag. 131.

Meyer. *Historia del Antiguo Egipto*. pág. 187 tomo I de la *Historia Universal*, de Oncken.

(*b m*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. I, capítulo LXXXV.

(*b n*) Strabon, *Géographie*, t. III, liv. XVI, chap. I, § 9.

(*b ñ*) Strabon, ob. cit., t. II, liv. VII, fragment 28.

serviría más bien para franquear que para cortar las comunicaciones (*b o*).

Pero los Estados bárbaros no se reducen a construir obras de incomunicación contra los extranjeros, porque para completar el aislamiento prohiben o entorpecen de mil modos los viajes de los nacionales. En el mismo Imperio Incásico, que estaba cruzado por dos magníficos caminos largos de 2000 millas, no podían los súbditos salir de la tierra natal si no era para ir a la guerra (*b p*); y si en Grecia se construyeron caminos, no fué sin duda para facilitar los viajes y el comercio puesto que algunos de los Estados helénicos, por ejemplo Lacedemonia, prohibían a los extranjeros establecerse en el territorio nacional, y a los nacionales salir de él (*b q*).

Creemos no equivocarnos si afirmamos que en los países atrasados, la falta de comercio y los hábitos sedentarios, y el estatuto personal que fomenta los odios internacionales e interprovinciales arraigan firmemente a las poblaciones; que en todos ellos se miran con desconfianza los viajes de los indígenas y la llegada de forasteros; y que cuando los gobiernos empiezan a preocuparse de la locomoción, no dirigen sus primeras medidas al propósito de facilitarla y fomentarla sino al de restringirla y trabarla.

En estas desconfianzas suscitadas y alimentadas por el estado de recíproca y permanente hostilidad en que los pueblos atrasados viven, se debe buscar la raíz de las numerosas trabas administrativas que en todos los países se han puesto en tiempos anteriores a la libre circulación de los hombres. Bajo la inspiración de este sentimiento, se ha impuesto a los viajeros la molesta y a menudo dispendiosa obligación de llevar consigo pasaportes, licencias, cédulas de identidad, certificados de indemnidad, y la de

(*b o*) Heródoto, ob. cit., lib. II, cap. CLVIII.

(*b p*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, lib. V, cap. VI.

(*b q*) Xenophon, *Gouvernement des Lacédémoniens*, chap. XV.

registrarse a cada paso pagando derechos de peaje, de pontazgo, de portazgo, de naviazgo, etc., etc. (*b r*)

Esta absurda política que arraigando las poblaciones entorpece el desarrollo del comercio, se ha perpetuado en muchas naciones cultas hasta la Edad Contemporánea. Es lo que ha ocurrido en la América hispana.

Desde los primeros días de su descubrimiento, se empezaron a dictar por la metrópoli reales cédulas que prohibían tanto a los naturales como a los extranjeros venir a las Indias o ir de ellas a España sin expresa y personal licencia; que apercibían a los contraventores con la total confiscación de sus bienes; que imponían a los que pedían licencia la obligación de rendir informaciones ante las justicias locales; que limitaban el tiempo de la licencia al plazo máximo de dos años; que mandaban indagar de los interesados antes de concedérsela con cuál objeto se proponían hacer el viaje, si eran solteros o casados, si eran o no mercaderes, cuanto dinero llevaban, etc.; que prescribían a los gobernadores y virreyes de América impedir el desembarco de los pasajeros que llegasen sin licencia, etc., etc. (*b s*). En Hispano América no desaparecieron estas trabas sino a principios del siglo XIX, cuando la revolución de la independencia abrió para todo el mundo los puertos o sea las puertas de estos países.

De suyo se infiere que una política tan recelosa contra el ir y venir de nacionales y extranjeros no puede construir los caminos con el propósito de facilitar y fomentar el comercio, la circulación y los viajes. El mismo trazo rectilíneo de las vías primitivas es un claro desmentido de semejante propósito porque las destinadas al comercio se desarrollan siempre en forma de zig-zag, desviándose a de-

---

(*b r*) En el camino de Santiago a Valparaíso, por ejemplo, construído solo a fines de la colonia, bajo el gobierno de don Ambrosio O'Higgins, se pagaban derechos de peaje en varios pasos; y la primera disposición patria que conocemos sobre viabilidad es una ley dictada en 29 de Julio de 1819 para duplicar esos derechos.

(*b s*) *Recopilación de Leyes de Indias*, lib. IX, tít. XXVI.

recha e izquierda en busca de los centros de producción y de consumo. La vía inflexiblemente recta, que es el camino más corto entre dos puntos extremos, solo se adopta cuando por una u otra causa se desea hacer los viajes y los trasportes con la mayor rapidez posible. ¿Cuál es, pues, el objeto originario de los caminos?

Si originariamente el Estado nace para la guerra, *a priori*, podemos suponer, sin peligro de equivocarnos, que son las necesidades militares las que llaman a la vida las primeras instituciones públicas y entre ellas, los sistemas de viabilidad.

En efecto, de los caminos del antiguo Perú, dice Garcilaso de la Vega, que según las tradiciones fueron construídos para facilitar la movilización de las fuerzas militares (*b t*); y cuando Thucídides habla de las obras que construyó Archelaus para perfeccionar la organización militar, menciona entre ellas las vías rectas (*b u*).

El mismo carácter militar tuvieron los caminos romanos; y que el pueblo no lo desconocía lo prueba el hecho de que los llamase *vias militares* (*b v*). No estaba combinado su trazo como para unir las más importantes poblaciones del Imperio; y si tenía alguna cuenta de los centros de producción y de consumo, no la tenía sino en la medida que la provisión de las legiones y el abastecimiento de Roma lo necesitaba. El trazo iba desde la ciudad dominadora hasta las fronteras, a menudo deshabitadas del Imperio; y estaba hecho en línea recta para trasportar las tropas con la mayor rapidez posible a los puntos en que su dominación era amagada por algún peligro. No es exagerado decir que los romanos habrían estimado indigno de Roma construir caminos para facilitar el comercio.

(*b t*) Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, lib. IX, cap. XIII.

(*b u*) Thucydide, *Guerre du Péloponèse*, liv. I, chap. II, et liv. II, chap. C.

(*b v*) Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, t. I, liv. I, chap. IX, § 4.

Los grandes caminos del Imperio Romano, dice Blanqui, han sobrepujado en grandeza y solidez cuanto de más magnífico se ha hecho en este orden desde los tiempos inmemoriales, pero debemos advertir que de pronto no reportaron muchos servicios a la civilización ni desarrollaron la prosperidad comercial, ni previnieron las hambres generales. No vieron los romanos en sus caminos sino un simple medio de trasportar rápidamente sus tropas desde el centro a las fronteras; hecho muy explicable porque aquel pueblo no tuvo más industria que la agricultura, cuyos productos se consumían por lo común en la localidad en que se cosechaban o en los pueblos circunvecinos. En cuanto al abastecimiento de la Capital, se lo hacía por mar, única vía posible para el trasporte de los trigos de África y de Sicilia. Cuando se conocen estos antecedentes, la magnificencia de los caminos romanos no se explica sino como un simple desarrollo del sistema militar de aquel pueblo anti-industrial y anti-comercial (*b x*).

Según se ha observado una y otra vez, los romanos no se estimaban absolutamente dueños de un país mientras no lo encadenaban a Roma por medio de un camino que permitiese el rápido trasporte de la tropas dominadoras a la menor tentativa de alzamiento. Así, para acabar de domar a los pueblos que habitaban en el nudo inextricable de los Alpes y que presumían de independientes en una época en que todo el resto de Europa, el Asia y el África rendían vasallaje a Roma, el emperador Augusto abrió grandes vías en la roca viva de aquellas cordilleras; y apenas estuvieron ellas terminadas, la independencia de Helvecia pasó a la historia (*b y*).

(*b x*) Blanqui, *Histoire de l'Économie Politique,* chap. VII, pag. 52.
Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain,* t. II, liv. IV, chap. XIX, § 2.

(*b y*) Gibbon, *Histoire de la Décadence de l'Empire Romain,* t. I, chap. II, pag. 30.
Bergier, ob. cit., t. I, liv. I, chap. XXVIII, § 4.

En una palabra, los caminos primitivos son simple complemento del servicio militar de correos.

§ 104. Mientras las funciones públicas son desempeñadas, sin distinciones específicas, por la asamblea general del pueblo, no cabe establecer el régimen de la remuneración porque confundidos al justo en un solo cuerpo los que podríamos llamar funcionarios y los que tendrían que ser contribuyentes, no hay quien pague a quien.

Cuando se pretendiera remunerar las funciones públicas, el intento fracasaría porque no habría con qué, dado que en los grados inferiores del desarrollo político el Estado no tiene ni bienes ni entradas. Las entidades jurídicas que en los pueblos cultos se conocen con los nombres de Fisco y de Erario no nacen sino en estados más o menos avanzados de cultura política (*b z*).

Tanto por estas causas como por efecto del hábito, el régimen de la gratuidad se perpetúa hasta largo tiempo después que ha empezado en los pueblos la delegación y diversificación de las funciones públicas. Siendo como son originariamente gratuitos los cargos militares e instituyéndose como se instituyen los primeros cargos civiles a guisa de simples complementos de la administración militar, no se puede pensar en remunerar los nuevos cuando bajo el régimen establecido se sirven sin remuneración los antiguos.

(*b z*) *Erario, aerarium*, viene de la raíz *aes*, bronce, moneda de plata; y fisco, *fiscus*, significó originariamente talego o cestillo en que los recaudadores recogían el dinero de los impuestos y tributos. Humbert, *Les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, pag. 187 et 195.

Bajo los primeros emperadores había diferencia entre ambas voces: el erario era el tesoro público, el fisco era el tesoro de que ellos disponían como de una propiedad privada. Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 388.

En nuestros días se llama Fisco al Estado como dueño particular de bienes de todas clases, muebles e inmuebles, en especie y en dinero; y el nombre de Erario se reserva con toda propiedad para la institución que guarda los dineros del Estado.

Respecto de los jefes de los Estados, la gratuidad está comprobada por innumerables testimonios. En ninguna sociedad atrasada reciben ellos sueldo, renta, asignación periódica ni suma alzada en remuneración de sus servicios, sino que «cada uno provee a sus necesidades a la manera de cualquier particular» (*c a*).

Según Molina, entre los araucanos, los vasallos no estaban sujetos a la leva ni a otro género de servicio personal sino era en tiempo de guerra, ni estaban tampoco obligados a pagar tributo a los caciques, los cuales tenían que sustentarse de sus propios bienes (*c b*); y según Oviedo, entre los indígenas de Nicaragua, los caciques no recibían remuneración alguna de los suyos ni podían exigir servicios personales sino a sus esclavos. Así mismo, en una relación transcripta por Medina, se observa que en las provincias del Darien, «no tenían los señores rentas ni tributos de sus súbditos, salvo el servicio personal» (*c c*). Adam Smith acredita que el mismo régimen imperaba en Arabia y en Tartaria porque dice que cada jefe no contaba con más recursos que los frutos de sus propios ganados que él cuidaba y apacentaba personalmente (*c d*).

Veamos ahora lo que acerca de este régimen encontramos en la Antigüedad clásica. Goguet nos dice que en la antigua Grecia no tenían los reyes más rentas que las de sus bienes particulares, consistentes en tierras, bosques, ganados (*c e*); y de los primitivos reyes de Roma, nos dice

---

(*c a*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 542.

Adam Smith, *Richesse des Nations*, t. IV, liv. V, chap. II, pag. 258.

(*c b*) Molina, *Historia Civil del Reino de Chile*, lib. II, cap. II, pág. 63.

(*c c*) Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, t. IV, lib. XLII, cap. III, pág. 54.

Medina, *El Descubrimiento del Océano Pacífico*, t. II, pág. 194.

(*c d*) Adam Smith, *La Richesse des Nations*, t. IV, liv. V, chap. II, pag. 258.

(*c e*) Goguet, *Origine des Lois, des Arts*, etc., t. III, liv. I, chapitre IV, § VII.

Cicerón que se sostenían con los productos de sus campos, de sus bosques y de sus prados (*c f*). Por herencia de los tiempos primitivos, fué igualmente gratuito el cargo supremo de cónsul, y cuando cayó derrumbada la República, los primeros emperadores siguieron de pronto la práctica tradicional de vivir de sus rentas personales sin recibir sueldo ni otra remuneración del Erario público (*c g*).

El mismo régimen volvemos a encontrar en los Estados que a consecuencia de las invasiones bárbaras, se formaron en Europa. Según Guizot, la riqueza de los reyes anglosajones comprendía muchos dominios y aun algunas importantes ciudades, pero era independiente de los pueblos y de carácter privado (*c h*).

Así mismo, los reyes de Francia y de Lombardía, según Hallam, subvenían con el producto de sus bienes particulares a los gastos de sus cortes; y por la falta de rentas públicas, Carlomagno se veía precisado a prestar mucha atención al cuidado y explotación de sus dominios (*c i*).

Si las jefaturas son gratuitas, no hay razón para creer que sean remunerados los otros cargos superiores del Estado. Mommsen acredita que en Roma « el servicio de jurado, la participación en los comicios, el ejercicio de los cargos públicos, inclusive el tribunado militar y los grados superiores eran cargas que gravaban a todos los ciudadanos y cuya prestación no daba derecho a remuneración alguna ni del Erario a título de sueldo, ni de los particulares a título de tasa legal » (*c j*).

(*c f*) Ciceron, *De la République*, lib. V, § 11.

(*c g*) Marquardt, *L'Organisation financiere chez les Romains*, pag. 321 à 323.

Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. I, pag. 331.

(*c h*) Guizot, *Le Gouvernement Répresentatif*, t. I, leçon V, pag. 65.

(*c i*) Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 181 à 185.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 79.

(*c j*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. I, pag. 331.

Ihering, *Histoire du Développement du Droit Romain*, § 56, dice:

Según Humbert, todavía después de Constantino, había en el Imperio muchos cargos públicos que se desempeñaban gratuitamente a título de cargas concejiles que se conocían bajo los nombres de *munera sordida, munera civilia* (*c l*).

En Atenas, se desempeñaban también gratuitamente a los principios todas las funciones públicas, y Aristóteles censuró a Pericles por haber introducido en el derecho administrativo de aquel Estado la innovación de remunerar los cargos judiciales (*c m*).

Gratuitas fueron también en Israel las funciones judiciales (*c n*) y presumiblemente todas las de carácter público.

Durante varios siglos de la Edad Media, si exceptuamos ciertas prestaciones ocasionales que pagaban los vasallos, los Estados no tuvieron más rentas fijas que los productos de los bienes particulares de los monarcas y de los señores feudales. Ni en los textos históricos, ni en los le-

---

«Le service de l'homme libre (à Rome) n'est pas un *ministerium* mais un *munus*, dit Ihering: il ne consiste pas en une action corporelle, son activité est toute intellectuelle, et il est presté, non en vue d'ún salaire, mais par bienveillance (*gratia, gratis*). Il constitue une complaisance (*munificentia, beneficium, officium*) en rapport avec la dignité de l'homme libre (*liber, liberalitatis*) et qui à l'autre partie n'impose qu'un devoir de reconnaissance (*gratiae, gratum facere. gratificatio*). Le *munus* peut, cependant, selon les circunstances, être rendu (*re-munerari*), même en argent, mais cette rémunération n'est pas une *merces;* elle apparaît comme *honor, honorarium*, comme un cadeau honorifique... Telle était l'antique conceptión du travail à Rome... La force intellectuelle, le talent, le savoir son des biens dont tout homme d'honneur doit libéralement faire propiter ses concitoyens et l'État. Le fonctionnaire de l'État ne reçoit pas de solde; les magistratures sont des charges purement honorifiques; le service subalterne seul, en tant qu'il n'est pas rempli par les esclaves publics, est payé».

(*c l*) Humbert, *Essai sur les Finances et la Comptabilité publique, chez les Romains*, t. I, pag. 382 à 385 et 391.

(*c m*) Aristóteles, *La Politique*, t. II, chap. IX, § 3.
Aristóteles, *La République Athénienne*, § 27.

(*c n*) Thonissen, *Droit criminel des Peuples Anciens*, liv. III, chap. I, pag. 236.

gales, observa Fustel de Coulanges, hay indicio alguno de que los condes de la monarquía franca recibieran alguna remuneración del Estado. La práctica romana de retribuir los servicios de los gobernadores de provincia para quitarles el pretexto de las exacciones había caído en desuso (*c ñ*). Acaso con la sola excepción de los cargos judiciales, los demás del Estado no alcanzaron remuneración fiscal sino tardíamente por influencia de la institución del sueldo militar.

Para aquellos cargos públicos que tienen sus orígenes en los primeros grados del desenvolvimiento político, el régimen de la gratuidad se conserva vigente por mucha parte en el seno de las sociedades civilizadas. Sin hablar del *starosta* ruso, que más bien es un patriarca que no un alcalde y que a semejanza del *cheik* árabe, dice Hepworth-Dixon, desempeña sus funciones gratuitamente (*c o*), es sabido que tanto en Europa como en América, los miembros electivos de las municipalidades, ayuntamientos o cabildos prestan por lo común sus servicios sin recibir remuneración alguna.

Sobre que no dan derecho a remuneración fiscal, los cargos públicos imponen por lo común a los funcionarios, en los pueblos atrasados, gravámenes que no pueden soportar más que las personas de mayor fortuna. En Nuka-hiva, ninguno podía aspirar a la jefatura sino poseía muchos cocoteros y otros árboles alimenticios para distribuir los productos entre todos lo miembros de la tribu; y entre los omahas de Norte América, no puede un indígena llegar a jefe como no tenga fortuna para ganarse voluntades mediante regalos sembrados generosamente a diestra y siniestra (*c p*).

(*c ñ*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, chap. X, pag. 215. Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 181 à 185. Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la Legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, páginas 77 y 78.

(*c o*) Hepworth-Dixon, *La Russie Libre*, chap. XXXVIII, pag. 275.

(*c p*) Letourneau, *Evolution de la Propriété*, pag. 62.

Entre los cargos gratuitos de Atenas, se contaban algunos, como los de chorega, gymnasiarca y hestiador, que sobre no ser remunerados, imponían a los titulares gravámenes sobre manera onerosos (*c q*); y según Marquardt, en muchas ciudades del Imperio Romano, fué costumbre que al tomar posesión de sus cargos, aplicasen los magistrados una cantidad de dinero de su propio peculio a la utilidad y entretenimiento del pueblo (*c r*).

Como bien se comprende, el régimen de la gratuidad, que nace espontáneamente en los primeros grados del desarrollo político, cuando todavía no ha empezado la apropiación individual de la tierra, no ofrece mayores inconvenientes mientras subsiste la comunidad de los bienes inmuebles; pero cuando empiezan las diferencias de fortuna, ocasionadas por la individualización de la propiedad, dicho régimen perpetúa una injusticia obligando a unos a desatender en beneficio de todos la administración de sus bienes particulares, y despojando de hecho a la masa pobre de los pueblos del derecho de opción a muchos cargos que por su carácter gratuito y en ocasiones oneroso, quedan fatalmente vinculados a los ricos.

En Atenas, no sólo de hecho no podían los pobres desempeñar los cargos gratuitos y dispendiosos de trierarcas, de gymnasiarcas, de architeoras y otros, sino que el derecho imponía indirectamente a los ricos la onerosa carga de su desempeño, porque con arreglo a una ley singular, todo ciudadano designado para desempeñar una función onerosa podía transferirla a otro más rico o en caso que éste se negase a encargarse de ella, obligarle a cambiar de fortuna. En su sátira contra Atenas, observa Jenofonte que la masa de los ciudadanos no manifestaba el menor interés por alcanzar a los más altos grados del ejército, dejándolos en manos de los ricos, y que su civismo solo aparecía cuan-

(*c q*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. VI, pag. 27.

(*c r*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, t. I, pag. 214.

do se trataba de ocupar cargos remunerados que se desempeñasen cómodamente a domicilio (*cs*).

En aquellos Estados antiguos donde se intentó mantener la gratuidad de los cargos públicos junto con las instituciones democráticas, los efectos de esta absurda amalgama fueron tan funestos que causaron el descrédito de la democracia. Aristóteles acredita que cuando el cargo de *éphoro* caía en Esparta en manos de ciudadanos pobres, éstos salían de la miseria dejándose cohechar, y que en Cartago la opinión pública tenía por imposible que los pobres abandonasen su trabajo y administrasen con probidad los intereses del Estado (*ct*).

En los pueblos más civilizados, sobre todo en los de tendencias democráticas, el régimen de gratuidad está en principio generalmente repudiado. Por excepción se lo mantiene respecto de ciertos cargos, como los de concejales, que se sirven intermitentemente, que no ocupan sino el tiempo sobrante y en cuyo desempeño encuentra el funcionario por vía de remuneración el medio de satisfacer su patriotismo o su filantropía o de realizar sus ideales. Pero las tendencias democráticas propenden a remunerar todos los cargos públicos. Según Erskine May, el 14 de Junio de 1839 se presentó a la Cámara de los Comunes una petición firmada por 1.280.000 ciudadanos que reclamaban el sufragio universal, el voto secreto, la renovación anual del parlamento y la asignación de dietas a los diputados (*cu*).

§ 105. Aunque a los principios sean jurídicamente gratuitos todos los cargos públicos, esta gratuidad es de hecho muy relativa. Verdad es que no se los remunera con sueldo u otra asignación fiscal, pero en todos los pueblos atrasados, se encuentran arraigadas ciertas prácticas que corri-

(*cs*) Xenophon, *Gouvernement des Athéniens*, chap. I.

(*ct*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. VI, § 14, et chap. VIII, § 5.

(*cu*) Erskine May, *Historia Constitucional de Inglaterra*, t. III, pág. 299.

gen la injusticia de gravar a unos pocos con la carga de servir gratuitamente a todos. Entre ellas merece particular mención la de los presentes.

En la Antigüedad, observa Goguet, fué práctica general que los pueblos manifestasen su gratitud a los príncipes por medio de obsequios y regalos. Según el *Génesis*, cuando los hijos de Jacob volvieron de Egipto, llevaron toda clase de presentes al primer ministro del Faraón, y según el *Libro Tercero de los Reyes*, cuando los israelitas venían a admirar la magnificencia y la sabiduría de Salomón, «cada uno le llevaba todos los años sus presentes, vasos de plata y oro, vestidos y armas de guerra, y aromas también y caballos y mulas» (*c v*).

Heródoto atestigua que bajo los reinados de Ciro y de Cambises, como no se hubiese organizado todavía un sistema tributario, los pueblos subvenían a los gastos de la corona con sus donativos (*c x*); y Heeren agrega que según la costumbre de todo el Oriente, hasta nuestros días, ninguna persona comparece en Persia ante un superior sin ofrecerle un presente, sea de dinero, sea de objetos raros y preciosos (*c y*).

Así mismo, en la antigua Grecia, todo el que comparecía ante el rey en demanda de algún favor o de la impunidad o para apaciguar su cólera, llegaba cargado de presentes (*c z*), y no de otra manera procedían los súbditos de

(*c v*) *Génesis*, cap. XLIII, § II a 26.

Libro Tercero de los Reyes, cap. X, § 10 y 25.

Goguet, *Origine des Lois, des Arts*, etc., t. III, liv. I, chap. IV, art. VII.

(*c x*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. III, capítulo LXXXIX.

(*b y*) Heeren, *De la Politique et du Commerce des Peuples de l'Antiquité*, t. I, pag. 519.

(*c z*) Grote, *Histoire de Grèce*, t. II, pag. 297.

Spencer, *Principes de Sociologie*, t. III, § 542 et 543.

El tributo que el rey de los tracios recibía de los pueblos bárbaros y de los griegos, en los tiempos de la guerra del Peloponeso, ascendía a

Roma cuando se presentaban ante los generales, procónsules y gobernadores que el Senado les imponía (*d a*).

Entre los germanos era costumbre que las poblaciones se cotizaran para suministrar a los jefes respectivos una cantidad de granos o de ganado por vía de contribución voluntaria, y era motivo de particular engreimiento el recibir presentes de los pueblos vecinos, verbigracia, hermosos caballos, armas grandes, caparazones y collares (*d b*).

Después de las invasiones, encontramos establecida la misma práctica en todas las monarquías bárbaras. Durante toda la Edad Media, ningún solicitante podía esperar favor ni justicia, ni de la Corte ni de los grandes, como no se captase por medio de presentes, llamados *dona*, las voluntades dispensadoras. Aun los grandes estaban obligados por la costumbre a estas prestaciones; y el empeño que algunos monarcas pusieron en congregar a los próceres procedía en parte sin duda de que ninguno venía a estas asambleas sin traer al rey obsequios y regalos de la más varia naturaleza (*d c*).

Gregorio de Tours refiere un caso singular ocurrido con motivo de la práctica de los *dona*. Cuando todavía no eran hereditarios los condados, desempeñaba el cargo de conde de Auxerre un tal Paconius; y como deseara que se le re-

400 talentos de plata, o sean 2.160.000 francos. « A esta suma se debe agregar la de los presentes en oro y plata que había obligación de ofrecer y que más o menos equivalía a otro tanto; sin contar las telas bordadas o lisas y otros regalos que era menester hacer no solo al rey sino también a los grandes y a los nobles del Estado. Entre los odrizes, así como en el resto de los tracios, reina una costumbre opuesta a la de los reyes persas: es la de recibir más bien que dar. Los odrizes aun han exagerado este uso prevalidos de su poderío; entre ellos nada se consigue sino por medio de presentes; así los reyes han acumulado inmensas riquezas ». Thucydide, *Guerre du Péloponese*, liv. II, chap. 97.

(*d a*) Marquardt, *L'Organisation financiere chez les Romains*, pag. 372.

(*d b*) Tácito, *Germania*, XV.

(*d c*) Eginhard, *Annales des Franks*, années 806, 807, 811, 829, etc.

novara su nombramiento, ordenó a su hijo Ennius que fuese a solicitar la renovación, llevando al rey grandes presentes. Pero ocurrió que Ennius ofreció los presentes a su propio nombre y burlando las espectativas de su padre, solicitó y obtuvo para sí el gobierno del condado (*d d*). Esta anécdota, concluye Fustel de Coulanges, prueba, por una parte, que los presentes eran muy apreciados en la Corte merovingia, y por otra, que los cargos públicos se confiaban a menudo al mejor postor (*d e*).

Pasemos ahora a otro continente.

Según Hartmann, el rey del Nilo Blanco vivía rodeado de sus mujeres sin dejarse ver de sus súbditos, pero recibía a los mercaderes de las tribus extrañas porque no podían presentarse a él sin traerle dones y regalos (*d f*); y según Letourneau, una buena porción de las rentas de los jefes, entre los cafres, se forma con los presentes de los súbditos (*d g*).

En Urangua, dice Stanley, hacíamos largas jornadas, pero la tela disminuía rápidamente porque cada reyezuelo, cuyo territorio atravesábamos, nos exigía un cambio de presentes (*d h*).

En el monótono diario de viaje de Livingstone, se ve como el famoso explorador no podía dar un paso sin llevar cuentas de vidrio, avalorios, telas de vistosos colores, etc., para ir obsequiando, en conformidad con las prácticas establecidas, a cada jefe de tribu cuyo minúsculo territorio tenía que atravesar. Cuando llegó a orillas del Lopiri, cierto cacique le hizo preguntar si deseaba que se le diera audiencia. «Pero os advierto, le previno el mensajero, que no se puede comparecer por primera vez ante hombre tan

(*d d*) Gregoire de Tours, *Histoire écclesiastique des Franks*, liv. IV, chap. XLII.

(*d e*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie Franque*, pag. 211.

(*d f*) Hartman, *Les Peuples de l'Afrique*, pag. 193.

(*d g*) Letourneau, *Évolution de la Propriété*, pag. 113.

(*d h*) Stanley, *Le Continent Mystérieux*, t. I, pag. 468.

grande sin llevarle algun presente». En Rua, cerca del Tanganica, no podían los extraños atravesar el país si previamente no ofrecían presentes a los jefes (*d i*).

Las mismas prácticas estaban establecidas en América a la época de la conquista española.

En el antiguo Imperio de los Incas, el oro y la plata que los indios daban al rey «era presentado y no de tributo forzoso», dice Garcilaso de la Vega, porque «no supieron jamás visitar al superior sin llevar algún presente, y cuando no tenían otra cosa, llevaban una cestica de fruta verde o seca». Los curacas, por su parte, seguían la misma costumbre de los señores feudales porque cuando visitaban al inca en las principales fiestas del año y cuando el inca visitaba el reino, «jamás le besaban las manos sin llevarle todo el oro y plata y piedras preciosas que sus indios sacaban cuando estaban ociosos» (*d j*).

En el reino de los chibchas (Bogotá), el rey no solo recibía pasivamente los presentes que con mucha o poca voluntad se le ofrecían sino que los exigía coercitivamente cuando no se le rendía este homenaje (*d l*).

Por último, después de rastrear esta costumbre en los pueblos de la Antigüedad, Torquemada atestigua que también estaba ella arraigada entre los indios de Méjico, «porque todas las veces que iban a saludar al señor o rey le llevaban flores y presentes» (*d m*); y con respecto a los aborígenes de Guatemala, Batres Jáuregui acredita que «los jueces podían recibir presentes con motivo del pleito» (*d n*).

La universalidad de estas prácticas en los pueblos atrasados prueba que entre aquellos que han empezado la delegación de las funciones, ninguno puede engreirse de

(*d i*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 200 et 297.

(*d j*) Garcilaso, *Comentarios Reales*, lib. V, cap. VII.

(*d l*) Letourneau, *Évolution de la Propriété*, pag. 97.

(*d m*) Torquemada, *Monarquia Indiana*, t. II, lib. XIV, cap. IX

(*d n*) Batres Jáuregui, *Los Indios*, cap. V, pág. 56.

ser en el fondo gratuitamente servido. Sin excepción alguna, donde el Estado no se encarga de remunerar los cargos públicos, las prácticas generales propenden a establecer modos espontáneos de remuneración, que a menudo resultan más gravosos que los más altos sueldos.

Grave error sería el de creer que en las sociedades atrasadas, tenga la práctica de los presentes el carácter de simple curruptela que tiene en las más adelantadas. Establecida por la costumbre como un medio espontáneo de reparar la injusticia de la gratuidad, y sancionada por la autoridad moral de los más probos funcionarios, nadie guarda reserva ni para dar ni para recibir y muy a menudo el derecho mismo interviene para reglamentarla y fijar las ocasiones y la cuantía de las dádivas. Bajo el imperio del derecho servio del siglo XIV, los jueces visitadores no podían exigir emolumentos judiciales de las poblaciones, pero estaban autorizados para aceptar los presentes que se les ofrecieran voluntariamente (*dñ*). Entre los Kirguizes, los jueces reciben como remuneración de sus servicios: 1º los presentes que las partes les ofrezcan; y 2º más o menos el diezmo del valor disputado (*do*).

En España estuvo durante algún tiempo expresamente sancionada por el derecho la práctica de las dádivas. Como se quejasen las Cortes de Zamora de que se gravase a los ayuntamientos con la obligación de remunerar los servicios de los corregidores que la corona enviaba a los pueblos, el rey convino en que para lo futuro, dichos servicios fuesen pagados o bien a costa de la justicia cuya negligencia provocara la visita del funcionario real, o bien por las partes (*dp*).

Bajo el interés combinado de los que dan en dar y del que recibe en recibir, los presentes, que empiezan con el

(*dñ*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, t. II, pag. 232.

(*do*) Dingelstedt, *Le Régime patriarchal des Kirghiz*, pag. XL et 47.

(*dp*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, págs. 254 y 255.

carácter de voluntarios, adquieren con suma rapidez el de obligatorios. Con solo observar, dice Spencer, como la práctica esencialmente voluntaria de hacer regalos de boda ha adquirido en la sociedad inglesa carácter casi obligatorio, se comprenderá como una vez que alguien se ha captado la voluntad del jefe por medio de presentes, el ejemplo feliz encuentra en seguida imitadores que generalizan y arraigan la práctica. Cuando el uno que ha ofrecido obsequios alcanza lo que pretende, otros le imitan, y cuanto más se generaliza la práctica más desventajoso se hace infringirla, hasta que llega un día en que todos dan porque nadie se atreve a formar excepción (*d q*).

Marquardt observa que el *aurum coronarium*, que originariamente no fué más que un don voluntario hecho por los aliados y los habitantes de las provincias a los generales victoriosos, se convirtió antes de expirar la República en prestación obligatoria a favor de los gobernadores (*d r*). Pero aquel caso no es realmente excepcional: en todas partes, sin que el legislador intervenga para sancionar la costumbre, los presentes adquieren por sí solos carácter obligatorio desde el día en que los inferiores juzgan peligroso no rendir este homenaje a sus superiores.

Aunque los presentes neutralicen en parte la índole oligárquica del régimen de la gratuidad, tienen tan graves inconvenientes que los pueblos más civilizados han concluido por repudiar este modo de remunerar los cargos públicos.

Entre esos inconvenientes, anotaremos primeramente el de que la cuantía de los presentes no guarde proporción alguna con la importancia de los servicios. El funcionario que goza de mayor popularidad o que ejerce mayor poderío recibe mayor cantidad de presentes aun cuando por ineptitud o pereza no se preocupe del desempeño de sus funciones.

(*d q*) Spencer. *Principes de Sociologie*, t. III, § 543.

(*d r*) Marquardt, *L'Organisation financiere chez le Romains*, page 372.

En segundo lugar, la práctica de los presentes genera inevitablemente en todas partes la de las exacciones, pues aunque en principio se los tenga por voluntarios, el funcionario los arranca coercitivamente cuando no se le ofrecen de propio albedrío porque no ha aceptado el cargo sino en vista de la renta que, según la práctica establecida, le ha de producir. Al mismo procedimiento recurre cuando a su juicio se le ofrecen de menor valor que el que corresponde a la importancia del favor que ha hecho, de la resolución que ha dictado, del monopolio que ha otorgado.

En el Loango, dice Spencer, el rey espera presentes de sus súbditos libres, y si a su parecer no se los traen de valor y cantidad que le satisfagan, ordena a sus esclavos tomarles cuanto poseen. Así mismo, en las islas de Tonga, cada cual da a su jefe cuanto puede, temeroso de que si éste se irrita, le arrebate todos sus bienes (*d s*).

Humbert dice que Constantino junto con dotar de pingües rentas a los empleados palatinos, les prohibió, bajo severísimas penas, exigir propinas (*sportulae*) a los particulares, pero que no habiendo conseguido extirpar la corruptela, concluyó por reglamentar estas exacciones (*d t*).

Como al fin y al fallo no son las exacciones sino medios más o menos arbitrarios que los funcionarios públicos emplean para hacerse pagar sus servicios, los pueblos siempre acaban por comprender que para ellos no hay régimen más oneroso que el de la gratuidad, y que si el Estado no toma a su cargo la remuneración de las funciones públicas, las simples prohibiciones legislativas jamás consiguen extirpar la práctica de las extorsiones.

Aristóteles, citado por Santo Tomás de Aquino, menciona una costumbre que regía en Calcedonia, cual era, que cada y cuando una elección recaía en un ciudadano virtuoso pero pobre, se le sostenía a expensas del Erario para

---

(*d s*) Spencer, *Principes de Sociologie,* t. III, § 543.

(*d t*) Humbert, *Essai sur les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains,* t. I, pag. 326 et 334.

quitarle toda tentación y pretexto de enriquecerse por medios ilícitos; y esta es la razón, continúa Santo Tomás, porque todos los Estados han adoptado el régimen de la remuneración de los servicios públicos a fin de que los funcionarios no recurran a la rapiña para enriquecerse (*d u*).

Prescindiendo del inevitable peligro de las extorsiones, la práctica de los presentes trae aparejados otros males que la hacen repudiable porque a la vez entroniza en el gobierno el favoritismo de los obsequiosos, propende a convertir los servicios públicos en servicios particulares y crea situaciones en que es punto menos que imposible la justicia. Si el juez está autorizado para recibir en remuneración de sus servicios los obsequios de las partes, es muy humano que simpatice más con los más obsequiosos y no se puede impedir que aun inconscientemente incline la justicia del lado de sus simpatías.

Cuenta la Biblia que cuando Samuel se sintió viejo, « puso a sus hijos por jueces de Israel », pero que en vez de seguir el ejemplo de su padre, ellos « se desviaron en pos de la avaricia y tomaron regalos y pervirtieron la justicia »; y según Martínez Marina, las Cortes de 1442, celebradas en Valladolid, representaron a Juan II que en la Real Audiencia había oidores y alcaldes que recibían dádivas de los abogados y procuradores y que, sin atender a la justicia, favorecían a la parte dadivosa y maltrataban a la que se abstenía de recurrir a tales medios para obtener el reconocimiento de sus derechos (*d v*).

Que los pueblos notan rápidamente estas prevaricaciones de los jueces ocasionadas por las dádivas de los litigantes lo prueba el hecho de que la reacción contra la práctica de los presentes empieza por lo común en el orden judicial. Son muchas las legislaciones que dejan a la generalidad de

(*d u*) Santo Tomás, *El Gobierno Monárquico*, lib. IV, cap. XX, pág. 464.

(*d v*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, pág. 311.
Libro Primero de los Reyes, cap. VIII, § 1 a 3.

los funcionarios públicos en libertad de recibir presentes y que solamente al personal de la administración de justicia le prohiben con apercibimiento de graves penas recibirlos.

Demóstenes acredita que el legislador de Atenas había prohibido recibir presentes, cierto de que quien los recibe no puede administrar imparcialmente los intereses del Estado; y que en particular, los heliastas, miembros del tribunal llamado *Heliea*, eran obligados a prometer, bajo de juramento, que no recibirían dádivas por la administración de la justicia (*d w*).

En España, la ley 56, tít. V, lib. II de las Recopiladas de Castilla, prohibía a los funcionarios judiciales recibir presentes por sí o por interpósita persona; y en Chile, el Congreso Constituyente de 1823, en sesión del 6 de Diciembre, acordó recomendar al gobierno que hiciera cumplir dicha ley y publicar las sentencias que en cumplimiento de ella se dictaren.

§ 106. Para ponernos en grado de explicarnos los orígenes y la evolución del régimen remuneratorio, conviene estudiar previamente, siquiera sea de modo somero, los orígenes y la evolución del sistema tributario.

Hemos tenido ya ocasión de observar que en los primeros grados del desenvolvimiento político, el pueblo no paga impuestos ni contribuciones y que hasta cierto punto, no se los necesita porque los servicios militares y sus anexos, únicos que se instituyen a los principios, se prestan gratuitamente por los ciudadanos.

No sería difícil multiplicar los casos comprobatorios. En las islas Marquesas, dice Du Petit-Thouars, ningun jefe recibe ni servicios ni tributos, ni tiene derecho a exigirlos (*d x*). Y de los araucanos, dice Rosales, que entre ellos no había ni alcabalas, ni quintos, ni imposiciones, ni servicios reales, ni personales, y que los toquis y los caci-

(*d w*) Démosthène et Eschine, *Œuvres*, t. IV, pag. 17, et t. VII, pag. 305.

(*d x*) Du Petit Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 355.

ques no podían exigir que se les pagaran tributos ni feudo (*dy*).

Como bien se comprende, la inmunidad (de *munus*, carga) es un atributo de la libertad, atributo que los pueblos pierden cuando pasan por debajo del yugo. Después de enumerar los pueblos del Imperio Persa que pagaban tributo, Heródoto observa que no cuenta entre ellos a los persas porque éstos, como señores soberanos, gozaban del privilegio de la inmunidad (*dz*).

Entre los antiguos griegos y romanos, se mantuvo celosamente durante largos siglos este privilegio. Para ellos no había ni se comprendía que hubiese más pueblos *tributarios* que los pueblos subyugados. Ideal de la Antigüedad era que el Estado, merced a sus victorias, pudiera vivir exclusivamente a costa de los vencidos (*ea*).

El mismo principio de la inmunidad rigió durante los siglos medios. Particularmente desde que las ciudades empezaron a comprar a peso de oro, desde el siglo XI adelante la exención perpetua de impuestos y contribuciones, equiparándose bajo el respecto tributario a la nobleza y al clero, desapareció casi por completo la masa imponible. No

(*dy*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. I, cap. XXIII, pág. 137. Smith, *Los Araucanos*, cap. XIV, pág. 148.

(*dz*) Según Heródoto, fué Darío el primer monarca que impuso un tributo permanente a todos los súbditos del Imperio, salvo los persas, y su memoria fué por esta causa vilipendiada. Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. III, cap. LXXXIX y XCVII.

(*ea*) Los aliados de los griegos, observa Blanqui, eran pueblos tributarios a quienes se imponía el pago de tributos en cambio de un contingente arbitrario de soldados. La Caria, la Tracia, las orillas del Helesponto, Efeso, Rodas, se convirtieron así en verdaderos feudos de Grecia. Aristófanes contaba más de 1000 ciudades sujetas al yugo helénico, e irónicamente proponía que se encargase a cada uno de sostener a 20 ciudadanos atenienses.

Por su parte, los griegos y sobre todo los atenienses, continúa Blanqui, tuvieron siempre aversión contra todo impuesto personal o territorial; y las rentas ordinarias de los Estados helénicos provenían de los dominios públicos, de los bienes comunes y de las tasas con que se gravaba a los extranjeros. Blanqui, *Histoire de l'Economie Politique*, chap. II.

otro origen tuvo el principio de derecho público que nadie puede ser pechado sin su consentimiento (*e b*).

Empero, esta inmunidad no es, no puede ser absoluta porque en la vida de los pueblos, mil casos ocurren en que el principio tiene que ceder ante la necesidad. En tales casos, por mucho que repugne a los hombres libres el pagar contribuciones, tienen que resignarse irremediablemente a la necesidad de ofrecer al Estado subsidios extraordinarios.

En el año 779, Carlomagno exigió una contribución a sus súbditos con motivo de un hambre general; y otra impuso Carlos el Calvo en el de 877 para pagar un tributo a los normandos (*e c*).

En la Gran Bretaña, fúé famosa durante los siglos medios una tasa denominada *dànegeld* destinada a organizar la defensa contra las devastaciones de los daneses; y en Francia, con motivo de las cruzadas, se avinieron a pagar tasas análogas el pueblo, la nobleza y el clero (*e ch*).

En el régimen financiero de la Edad Media, el príncipe, así fuese un señor feudal o el rey, no tuvo derecho a exigir la ayuda pecuniaria de sus súbditos sino en ocasiones excepcionales que habían quedado fijadas por la costumbre. Era entendido, en efecto, que en los casos de guerra, de coronación y de matrimonio, los pueblos debían ofrecer al príncipe verdaderos subsidios bajo la apariencia de presentes voluntarios; pero fuera de estos casos excepcionales, el príncipe atendía con otras entradas a sus necesidades, y

(*e b*) Debemos advertir que las cartas forales rara vez otorgaban la inmunidad absoluta; pero las poblaciones que quedaban gravadas pagaban pechos tan módicos que en el fondo el privilegio que compraban era el de la inmunidad. Martínez Marina, *Ensayo sobre la Legislación y principales Cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, págs. 142 y 143.

(*e c*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, t. II, leçon V.

(*e ch*) Guizot, *Gouvernement Représentatif*, t. II, leçon V, pag. 67. Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 191. Michand, *Histoire des Croisades*, t. IV, liv. XXII, chap. II, pag. 208.

sus súbditos vivían exentos de contribuciones (*ed*). Aun en los primeros siglos que siguieron a la institución del régimen representativo, los monarcas se concretaron a pedir subsidios, y de pronto no osaron proponer a los diputados el establecimiento de impuestos permanentes. En principio, seguía subsistiendo el privilegio de la inmunidad.

El tipo de estos subsidios extraordinarios es el tributo que los romanos, o sea los hombres más orgullosos de su libertad, pagaban en la Antigüedad. Como lo deja adivinar la palabra *tributo*, las tres tribus que en los tiempos prehistóricos se aliaron para formar el pueblo romano establecieron desde temprano que subvendrían por iguales partes a las necesidades del Estado: *tributo* era propiamente el tercio con que cada una contribuía a los gastos publicos. Este tributo no se exigía por regla general sino en casos de guerra, y no era raro que fuese devuelto a los contribuyentes con el botín y los frutos de la victoria, adquiriendo entonces el carácter jurídico de simple empréstito (*ee*).

(*ed*) En el antiguo Imperio Germánico, según Schulte, se levantaron, desde el siglo XII adelante, impuestos generales para objetos ocasionales. Así ocurrió, dice, cuando la guerra de los Hussistas y cuando la guerra contra los turcos; y así se hacía de ordinario en todos los casos de guerra: el Reichstag decretaba un impuesto extraordinario cuya unidad mínima estaba fijada de antemano, pero que se podía exigir varias veces. En el principado de Montenegro, se estableció por primera vez un impuesto en 1803 y fué fijado en 60 dineros por hogar. En Suecia, el *Codex Christophorianus* del siglo XV, que es mero trasunto del *Código de Magnus* del siglo XIII, disponía que no se pudiera establecer impuestos sino en casos determinados; por ejemplo en caso de guerra, o para la coronación del rey o para el casamiento de algún príncipe real. Dareste, *Etudes d'histoire du Droit*, t. II, pag. 237, et pag. 285.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 75 et 100.

Todas las Filípicas de Demóstenes tuvieron por objeto persuadir a los atenienses a que dieran subsidios para la guerra y a que se enrolaran para formar un ejército nacional y no se confiaran por completo a las fuerzas mercenarias.

(*ee*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 126, et 3e Partie, A, B et C.

Regla general: en todos los pueblos libres los impuestos directos son a los principios esencialmente eventuales y ocasionales.

Dados estos antecedentes, cabe preguntar: si el Estado no puede requerir la ayuda pecuniaria de sus súbditos sino en casos muy excepcionales ¿con qué recursos provee a las necesidades permanentes de la vida ordinaria? Que en las primeras etapas del desenvolvimiento político no los necesita porque nacido para la guerra, cuenta con los servicios gratuitos de todos los ciudadanos y suspende sus funciones al restablecerse la paz, ya lo sabemos. Pero también sabemos que a la larga cesa la gratuidad del servicio militar y que aun prescindiendo de la remuneración de los cargos públicos, el Estado tiene que hacer gastos, como los requeridos por la institución de los correos, por la construcción de caminos, por la de murallas, por la de puentes y acueductos, que no se pueden cubrir sin entradas muy cuantiosas.

Pues bien, para subvenir a sus necesidades, el Estado, que no puede como soberano gravar con impuestos directos a sus súbditos, cuenta en primer lugar con derechos, regalías, cánones, censos e impuestos indirectos que les exige en calidad de propietario particular.

A la manera de un simple propietario, procedía Roma cuando exigía un censo (*vectigal*) a los que explotaban las tierras públicas (*ager publicus*); derechos a los que explotaban sus salinas, sus bosques o sus minas, y a los que querían gozar de los baños y teatros públicos; cánones, a los que ocupaban sus edificios, etc., etc. (*e f*). La mayor

---

Humbert, *Les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, liv. I, chap. I, pag. 21.

Según Mommsen, desde el año 587 de Roma hasta Diocleciano, este subsidio no se exigió a los romanos sino una vez, en el año 711 con motivo de la guerra civil. Mommsen, *Droit Public Romain*, t. VI[1], pag. 257 et 258.

(*e f*) Humbert, *Les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, pag. 21, 22 et 27.

Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 354 à 356.

parte de las entradas de los Estados medioevales las obtenían los príncipes más en el carácter de propietarios que en el de soberanos (*eg*).

En segundo lugar, cuentan los Estados atrasados con la suma de muchos derechos y gabelas que universalmente se imponen a los extranjeros. Entre los indígenas de Norte América, por ejemplo, entre los ahtes y entre los indígenas de Sud América, por ejemplo, entre los araucanos, el extraño que atraviesa el territorio debe pagar un derecho de peage y el valor de la leña, del agua, de la caza y de los frutos silvestres que consume; y uno de los mayores obstáculos con que se tropieza para explorar el centro de África, donde hormiguean millares de cacicazgos, es que habiéndose de pagar derechos semejantes a cada uno de los jefes que se encuentran en el camino, no bastan los más grandes cargamentos (*eh*).

Es muy presumible que originariamente, al establecer los derechos de aduana o de puerto, llamados *portorium* por los romanos, se haya pensado en gravar a los extranjeros más bien que el consumo nacional.

En tercer lugar, se sostienen los servicios ordinarios del Estado: I, con los frutos y rentas que los príncipes obtienen por sus bienes particulares y de los dominios públicos; II, con el ramo de multas y confiscaciones, ramo que bajo de los gobiernos autocráticos ha solido rendir cuantiosísimas entradas; III, con el botín de la victoria; y IV, con los tributos que los pueblos subyugados pagan.

En Grecia, donde sentían los ciudadanos instintiva repulsión contra los impuestos, el Estado vivía principalmente de

(*eg*) Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 181.
Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 45 et 75.

(*eh*) Smith, *Los Araucanos*, cap. IX, pág. 104.
Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 308.
Stanley, *Le Continent Mysterieux*, t. I, pag. 97, 401, 476, 478 et 487, etc.
Letourneau, *Evolution de la Propriété*, pag. 58 et 124.

los tributos que le pagaban la Caria, la Tracia, Efeso, Rodas y otros pueblos.

Lo mismo pasó en Roma durante largos siglos. Cuando la República subyugaba algún pueblo, lo dejaba libre a condición de que reconocieran su dominación y de que le pagara o bien la contribución del diezmo, o bien un impuesto de capitación.

Según Julio César, cuando el pueblo suevo venció a los ubienses, aunque no lograse desalojarlos de su territorio, los obligó a pagarle tributo; y según Marquardt, cuando los bárbaros invadieron el Imperio romano, hicieron tributarias suyas a las poblaciones en cuyo seno se establecieron (*e i*). Los mismos francos cuando sojuzgaban otras tribus bárbaras, las sujetaban a la obligación de pagarles tributo; y es sabido que al tiempo de la conquista española, los indígenas de Chile estaban gravados con una obligación análoga en favor de los Incas del Perú (*e j*).

Respecto de los bárbaros de nuestros días, apuntemos que los *grassias* de la Radjputana, al norte de la India, es una tribu merodeadora que ha tomado su nombre de la práctica que sigue de vivir de los tributos que impone a los vencidos (*e l*).

La práctica de convertir a los vencidos en tributarios es hija de un cálculo utilitario que propende en las sociedades semi-civilizadas a humanizar las guerras. En lugar de incorporarlos en el Estado vencedor, incorporación que repugna al estatuto personal; en lugar de exterminarlos, exterminio que desvalorizaría el territorio conquistado, se les devuelve la libertad, no la independencia, bajo la triple condición de reconocer la dominación del conquistador, de prestarle auxilio en casos de guerra, y de pagarle un tri-

---

(*e i*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 357.

Julio César, *De Bello Gallico*, lib. IV, cap. I, pág. 139.

(*e j*) Rosales, *Historia de Chile*, t. I, lib. II, cap. V, pág. 209. Medina, *Los Aborígenes de Chile*, cap. XII, pág. 337.

(*e l*) Lyall, *Moeurs de l'Extrème Orient*, chap. VII, pag. 350.

buto permanente. En realidad, son estos tributos los unicos impuestos directos de carácter permanente que las sociedades atrasadas conocen y no se avienen ellas a pagarlos sino cuando el vencedor extranjero se los exige.

En ninguno de estos casos se viola la inmunidad, privilegio de los hombres libres. La abolición de este privilegio ha sido en la historia obra de la autocracia, de la dictadura imperial en la antigua Roma, y de la reyecía absoluta en las monarquías modernas.

Desde que quedaron consumadas las grandes conquistas de la República, Roma había vivido exclusivamente del botín y de los tributos de los pueblos vencidos; y todos los ciudadanos, inclusos los italiotas, que en masa habían sido nacionalizados, habían quedado exentos de pagar impuestos directos (*e m*). Pero aquel estado de completa inmunidad hubo de desaparecer por efecto de las crecientes necesidades del Imperio, porque para extender su acción a todas partes, tuvo él que crear innumerables empleos dejando subsistentes los antiguos para no parecer que atentaba contra las instituciones republicanas. Precisado por estas necesidades, estableció un vasto plan de contribuciones directas e indirectas sobre las importaciones, sobre los consumos, sobre las herencias, etc., que gravaron principalmente a los ciudadanos. En cuanto a los no ciudadanos, siguieron pagando tributos permanentes como súbditos de los

(*e m*) Se apreciará la cuantía de los tributos pagados por los pueblos vencidos con los siguientes datos acopiados por Humbert. La reocupación de Tarento hizo ingresar en las arcas públicas como 3000 talentos de oro, más o menos 15.375.000 francos. La victoria de Zama les dió 123.000 libras de plata, o sea 9.000.000 de francos, y además quedó obligada Cartago a pagar anualmente, durante 50 años, un tributo de 10.000 talentos de plata, o sea 1.275.000 francos. Cuando Antiochus fué vencido se llevaron a Roma 54.000.000 de francos según unos, 87.000.000 según otros; y cuando fué vencido Perseo, 56.000.000. Con estos tributos, Roma había instituído un tesoro de guerra, o de reserva; y el año 91, antes de J. C., este tesoro guardaba 1.620.829 libras de oro, o sea 1.512.783.405 millones de francos! Humbert. *Les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, pag. 25 et 26.

antiguos pueblos vencidos. Bajo de este doble régimen tributario, vivió el Imperio cerca de dos siglos hasta que urgido por la necesidad de aumentar sus rentas para pagar sus disipaciones, el infame Caracalla otorgó la ciudadanía a todos los súbditos de Roma a fin de que todos pagaran los impuestos que gravaban a los ciudadanos, sin dejar de pagar los que debían como súbditos (*e n*).

En la Edad Media, se establecieron por transacción entre el Estado y las ciudades los primeros impuestos directos permanentes. Cuando las poblaciones urbanas, entregadas al trabajo, habían perdido la afición a las armas, empezaron a celebrar capitulaciones en virtud de las cuales se obligaban a pagar o bien una suma alzada o bien un tributo perpetuo en cambio de la exención del servicio militar (*e ñ*).

A poco, cuando empezaron las grandes guerras nacionales, la inevitable institución de los ejércitos permanentes creó necesidades nuevas que no pudiéndose satisfacer con los recursos ordinarios, precisaron a los Estados a establecer, con el carácter de perpetuos, nuevos impuestos y contribuciones (*e o*).

§ 107. Determinados los orígenes del sistema tributario, tenemos que determinar ahora cómo se pagan a los principios los impuestos, los derechos y los tributos, cómo las multas, las dotes y las composiciones penales, cómo las indemnizaciones y los sueldos de los funcionarios públicos. En términos generales, lo que tenemos que averiguar es

---

(*e n*) Gibbon, *Histoire de la Décadence de l'Empire Romain*, t. I, chap. VI, pag. 99 et 101.

Blanqui, *Histoire de l'Économie Politique*, chap. VII.

(*e ñ*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, page 253 à 256.

Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, pag. 141 et 142.

Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration publique en France*, t. II, chap. XIX, pag. 282.

(*e o*) Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, t. I, page 181 à 185.

cómo se pagan originariamente aquellas obligaciones que en los pueblos civilizados se cubren con dinero.

Como bien se comprende, en los pueblos más atrasados, donde no existe el comercio, no se usa la moneda; y cuando en ellos hay que pagar tributos, derechos, gabelas, precios de compra o servicios, se emplean, en lugar de dinero, tales o cuales mercaderías.

Entre los indígenas de Valdivia, las composiciones penales se pagaban con vacas, carneros, caballos y objetos de uso personal, hachas, tembladeras, etc. (*e p*).

Es raro, dice Hartmann, que el africano pague en dinero sonante el precio de las mujeres que compra; lo ordinario es que lo pague con telas, bestias, polvo de oro, marfil, plumas de avestruz, goma, aceite de palma, armas, etc.; y particularmente en ciertos países del África occidental los impuestos se pagan en esclavos (*e q*).

Livingstone habla a menudo del salario que pagaba a los cargadores y guías cuyos servicios alquilaba de toldería en toldería y que comunmente consistía en unos cuantos codos de indiana. Con la misma tela, muy codiciada por los africanos, arrendaba canoas, compraba carne y pagaba derechos de peage (*e r*).

En la isla de Moata, el tabaco sirvió a D'Albertis para

(*e p*) Martínez de Bernavé, *La Verdad en Campaña*, I. VII y LX.

(*e q*) Hartmann, *Les Peuples d'Afrique*, pag. 152 et 195.

(*e r*) Livingstone, *Dernier Journal*, t. I, pag. 151 et 179.

«Desde algunos días atrás, dice en otra parte, no habíamos probado bocado de carne, y ya no podíamos soportar el hambre. Dos brazadas de tela decidieron a Moerua a hacernos cocer un plato de eleusina y un estómago de elefante» (id. pag. 181).

«Por la conducción desde el Ounyanyembé de dos fardos no muy pesados, Tani-ben-Suélim me exigió 14 brazadas de indiana aun cuando ya se le había pagado en Zanzíbar. (Id., t. II, pag. 9).

«Después de muchas dificultades, encontré al fin una canoa cuyo alquiler me importó 40 yardas de indiana fuera de cuatro más que hubo que dar a cada uno de los remeros para devolverla a su dueño». (Id., t. II, pag. 16).

comerciar con los indígenas (*es*), y en la de Timor, la moneda solo se conoce en los circuitos de las colonias europeas; fuera de ellos «los salarios y los tributos se pagan en especies» (*et*).

Para rematar estos apuntes relativos al mundo bárbaro contemporáneo, agregaremos que muchos de los pueblos sujetos al Czar de Rusia, le pagan los tributos en especie. Cuando Du Petit-Thouars pasó por Kamtschatka, los indígenas lo pagaban en pieles (*eu*).

En la Antigüedad y en los primeros siglos de la Edad Media, fué general el pago en especie.

Aun cuando Heródoto diga de los lidios que, según sus noticias, fueron los primeros que acuñaron monedas de oro y plata para el uso público (*ev*); aun cuando la moneda fuese conocida en Grecia más o menos desde el año 900 antes de J. C. (*ex*); aun cuando según Plinio fuese el rey Servio el primero que sellase piezas de cobre y la moneda de plata se empezase a acuñar en el año 485 de Roma (año 269 antes de J. C.) (*ey*); y aun cuando Strabon

(*es*) D'Albertis, *La Nouvelle Guinée*, pag. 248.

(*et*) Rienzi, *La Oceanía*, t. II, pág. 41.
Freycinet, *Voyage autour du Monde*, t. I, pag. 709.

(*eu*) Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, t. II, pag. 49.

(*ev*) Heródoto, *Los Nueve Libros*, lib. I. cap. XCIV.

(*ex*) «La monnaie frappée, dit Stanley Jevons, était certainement incomme aux âges homériques; mais elle existait du temps de Lycurgue. Nous pouvons donc admettre... qu'elle fut inventée entre ces deux périodes, c'est-à-dire vers l'an 900 avant J. C. La tradition rapporte aussi que Pheidon, roi d'Argos, fit frapper la première monnaie d'argent dans l'île d'Egine vers 895, et cette tradition est confirmée par l'existence de petits lingots d'argent trouvés à Egine. Cependant les dernières recherches conduisent à croire que Pheidon vivait au milieu du huitième siècle avant J. C.; et Grote a montré qu'il y a de bonnes raisons pour admettre que ce fut à Argos, et non pas à Egine, que se passa le fait qu'on lui attribue. Stanley Jevons, *La Monnaie*, chap. VI, pag. 46.
Grote, *Histoire de Grèce*, t. III, pag. 233 et 322.

(*ey*) Antes de la moneda, se usaron mucho en Roma los metales para pagar obligaciones, y como no había piezas metálicas de valor fija-

atestigüe que en su tiempo los dálmatas eran el único pueblo del litoral de Asia que no usase la moneda en el comercio (*e z*); ello es que en el comercio la compra-venta no eliminó por completo la permuta, y que en el orden público los Estados vencidos pagaban más generalmente los tributos en especies que en moneda.

En especies los pagaban los pueblos subyugados por la antigua Grecia (*f a*); y la desbordante población de Roma se alimentaba principalmente con los trigos y animales vacunos que la Sicilia y el África enviaban a la República en pago de sus tributos. Dentro de la misma República romana, se pagaba también en frutos el censo que gravaba el usufructo de los égidos públicos y que más o menos equivalía al diezmo de la cosecha (*f b*).

Entre los germanos, las multas se pagaban en especies, según Tácito (*f c*), y los tributos que los francos impusieron a los frisones y a los sajones consistían en bueyes (*f d*).

En las monarquías bárbaras que se constituyeron con los escombros del Imperio Romano, la práctica fué muy varia porque si algunos contribuyentes pagaban los tributos en dinero, otros los pagaban en servicios y otros en especies (*f e*).

---

do por la ley, se los pesaba. De ahí viene la mancipación *per aes et libram*, de ahí las palabras latinas *stipendia*, *expensa*, *dispensatores*, etc., que literalmente con simples modificaciones en las desinencias han pasado al castellano. También se usaron como moneda los animales, de donde viene *pecunia*, de *pecus*, ganado. Plinio, *Histoire Naturelle*, t. II, liv. XXXIII, XIII, § 1, 2 et 3.

Marquardt, *L'Organisation financiere chez les Romains*, pag. 5 à 8.

(*e z*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, chap. V, § 5.

(*f a*) Goguet, *Origine des Lois*, etc., t. III, liv. I, chap. IV, art. VII.

(*f b*) Marquardt, *L'Organisation financiere chez les Romains*, page 205 et 238.

(*f c*) Tácito, *Germanie*, chap. XII.

(*f d*) Laveleye, *De la Propriété*, chap. IX, pag. 150.

(*f e*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institution de l'Allemagne*, § 44, 47 et 79.

Sempere, *Historia del Derecho Español*, lib. I, cap. XXVII, pág. 118.

En Inglaterra, particularmente, el pago en especies de las contribuciones de los condados era de práctica muy general siglos después de haberse adoptado la moneda metálica (*fg*).

En Irlanda, el *Senchus Mor*, código nacional de los celtas indígenas, no alcanzó a conocer la moneda metálica. Solo en la segunda mitad del siglo X, se introdujo el *pinginn*, el *penny* de los ingleses. Antes de esta época hacían de moneda los esclavos, las bestias de cuerno y los sacos de cebada (*fh*).

Por último, en el Imperio Incásico, el tributo principal consistía en servicios como el de la labranza de las tierras del Sol y la construcción de palacios y de caminos, pero los súbditos pagaban un «segundo tributo que era hacer de vestir y de calzar y armas para el gasto de la guerra» (*fi*).

§ 108. Sea por efecto de las tendencias democráticas, que no se avienen con el régimen de la gratuidad, sea por efecto de la reacción contra la práctica corruptora de los presentes, ello es que los sistemas tributarios se forman siempre y principalmente en fuerza de la necesidad de remunerár los cargos públicos.

Verdad es que en principio la remuneración no es aceptada por los pueblos sino muy tardía y trabajosamente; pero también es verdad que de hecho se la empieza a establecer en hora temprana a título de indemnización, o de alimentos, o de subvención para gastos públicos, o de derechos y multas o bajo de otros disfraces que no dejan ver el propósito de retribuir los servicios. En cuanto al sueldo propiamente tal, institución que implica la franca adopción del régimen remuneratorio, no se lo establece sino en los

---

(*fg*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*, t. I, pag. 253.

(*fh*) D'Arbois de Jubainville, *Études sur le Droit Celtique*, t. I, deuxième partie, chap. II, § 2.

(*fi*) Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, t. III, lib. XII, cap. XXVIII, pág. 248, cap. XXXI, pág. 265, y cap. XXXIII, pág. 269.

Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales*, lib. V, cap. VI, XV y XVI.

grados superiores del desarrollo político, cuando una larga experiencia histórica ha condenado todas las otras formas de remuneración.

Dado que bajo el régimen primitivo cada hombre debe a su pueblo (en las sociedades donde impera el estatuto territorial, diríamos *a su patria*) su persona, sus bienes y su tiempo, el primer disfraz que la remuneración adopta para hacerse tolerar es el de la indemnización.

Si bien es verdad, dice Marquardt, que en Roma no gozaban de asignaciones periódicas ni los funcionarios superiores, ni los gobernadores de provincia, no llevaba el Estado su mezquindad hasta imponerles sacrificios, y al contrario, desde los tiempos de la República adoptó la práctica de resarcirles los gastos de viaje, de mobiliario e instalación y de los juegos públicos que debían ofrecer a las poblaciones. Pero las cosas no quedaron en este punto porque a la larga eran tan cuantiosas las sumas de dinero que les anticipaban a título de indemnización, dice Mommsen, que por su cuantía, no se pueden estimar sino como verdaderas remuneraciones. Tal es, por ejemplo, el caso de un ciudadano que habiendo sido nombrado gobernador de Macedonia por solo dos años, recibió para gastos de equipo, la enorme suma de 18.000.000 de sestercios, o sea 3.950.000 francos.

El Imperio conservó la práctica de las indemnizaciones, pero fijó su cuantía por tiempo determinado, convirtiéndolas en verdaderas remuneraciones periódicas (*f j*). Se sabe, por ejemplo, que al procónsul se asignó una indemnización de 1.000.000 de sestercios (272.000 francos) por año.

En cuanto a los subalternos, sin salario ni sueldo, que formaban el séquito de los gobernadores, prefectos y procónsules, se les otorgó desde temprano derecho a víveres, a posada y a trasporte; y a la larga, se adoptó la práctica de tasar el valor de estas asignaciones a fin de que los

(*f j*) Suetonio, *Octavio Augusto*, cap. XXXVI.
Ihering, *Histoire du Developpement du Droit Romain*. § 59.

funcionarios optasen entre recibirlas en especie o en dinero (*fl*). Según Humbert, todavía en los tiempos del Bajo Imperio, esto es, después de Constantino, la remuneración de los empleados se pagaba en natura con facultad de convertir las especies en dinero (*fm*); segun Fustel de Coulanges, los condes de la monarquía franca tenían, presumiblemente por herencia del Imperio Romano, derecho a posada y a víveres para sí y los suyos; y segun Rousseau, hasta el siglo XVIII, era costumbre en Suiza remunerar con mercancías los servicios públicos; lo cual supone que a los principios se daban, no a título de remuneración, sino a título de alimentos (*fn*).

No fué Roma el único Estado que en lo antiguo recurrió al disfraz de las indemnizaciones para remunerar los cargos públicos. En Israel se adoptó la misma práctica por la jurisprudencia de los rabinos. Así, cuando un artesano tenía que suspender su trabajo para desempeñar las funciones judiciales, se le daba una modesta suma de dinero por vía de indemnización (*fñ*).

Donde el Estado vive escaso de dinero y abundante en otros bienes, por ejemplo, en tierras, indemniza sus servidores con los valores que posee.

Según Heródoto, en el antiguo Egipto gozaban los militares del insigne privilegio de turnarse anualmente en el goce de lotes de terreno, que medían 12 yugadas y que se les entregaban exentos de todo gravamen (*fo*); y hay

---

(*fl*) Marquardt, *L'Organisation financière chez les Romains*, pag. 127.

Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. I, pag. 331 à 334, 334 et 345.

Marquardt, *Organisation de l'Empire Romain*, t. II, pag. 586.

(*fm*) Humbert, *Essai sur les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, pag. 392.

(*fn*) Fustel de Coulanges, *La Monarchie franque*, chap. X, pag. 216.

Rousseau, *Gouvernement de Pologne*, chap. XI.

(*fñ*) Thonissen, *Droit Criminel des Peuples Anciens*, liv. III, chap. I, pag. 236.

(*fo*) Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, lib. II, capítulo CLXVIII.

indicios de que una práctica análoga se siguió entre los escandinavos, entre los anglo-sajones, entre los polacos y entre los francos (*fp*). La misma práctica se sigue todavía en Java, en la Cafrería, etc.

En el siglo XVIII, seguían una práctica análoga los más grandes Estados de Europa. En Francia, en España, en el Imperio Germánico, había ciertos cargos honoríficos que no tenían asignada remuneración periódica alguna, pero que eran sobre modo lucrativos porque iban a ellos vinculadas las rentas de grandes y ricas posesiones. Por lo común, aquellos cargos no imponían trabajo ni atenciones. Cuando el rey quería aumentar la honra y las rentas de un favorito, sin agravarle sus tareas, le confiaba uno de estos cargos (*fq*).

Sea a título de simple indemnización, sea a título de franca retribución, los monarcas medioevales cedieron a sus jueces partes considerables de las multas judiciales. Bajo de los merovingios, observa Schulte, los condes no recibían sueldo, pero tenían derecho a un tercio de las multas y a varias prestaciones en especies (*fr*); y entre los anglo-sajones, según Gneist, el conde (*earl*) percibía a título honorífico un tercio de los emolumentos judiciales (*fs*).

(*fp*) Laveleye. *Origines de la Propriété*. chap. IV, pag. 68. Fustel de Coulanges, *La Monarchie franque*, chap. X, pag. 266.

(*fq*) «Reducidos los monarcas de Asturia y León, dice Martínez Marina, a un estado de tanta escasez y pobreza, ni podían dotar competentemente a los magistrados públicos... los cuales solo percibían por razón de su oficio una parte de las penas pecuniarias en que incurrían los delincuentes; ni premiar la virtud y mérito de la nobleza... sino por medios ruinosos y perjudiciales a la soberanía y al reino, y fué concederle heredamientos, posesiones, tierras o propias de la corona, o adquiridas y conquistadas de los enemigos, tenencias y gobiernos honoríficos y lucrativos; añadiendo a las veces el señorío de justicia, o la jurisdicción civil y criminal». Martinez Marina, *Ensayo historico-critico sobre la Legislacion y principales Cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*. pág. 82.

(*fr*) Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne*, § 47.

(*fs*) Gneist, *Constitution Communale de l'Angleterre*. t. I. pag. 106.

En la antigua Polonia, las multas se repartían por mitad entre el príncipe y los jueces; y en la antigua Noruega, se cedía a los jueces una parte de las composiciones que los criminales pagaban por vía de rescate (*ft*).

De esta práctica se originó un abuso que muchas veces exasperó a los pueblos. Con el pretexto de imponer la diligencia y la buena fe a las partes, pero en realidad para crear una fuente de pingües rentas, se multiplicaron sobre manera las penas pecuniarias: multa a la parte que no respondía a la primera notificación, multa a la que negaba un hecho que después era probado, multa a la que perdía un recurso de apelación, multa a la que no comparecía en el momento de la sentencia, multa a la que perdía el litigio (*fu*).

Tanto para poner coto al abuso de las multas y de las exacciones cuanto para evitar los prevaricatos ocasionados por las dádivas de los litigantes, los pueblos empezaron a exigir, desde fines de la Edad Media, que la corona, como representante del Estado, se encargase de remunerar los servicios judiciales. Según Dareste de la Chavanne, algunas provincias de Francia, al negociar sus privilegios, a principios del siglo XIV, estipularon que el Estado pagaría a los jueces ordinarios una indemnización fija (*fx*); y segun Martínez Marina, las Cortes de Valladolid (de 1307) pidieron a Fernando IV que diese a los jueces «bonas soldadas porque se puedan mantener bien e honradamente e que fagan la justicia bien cumplidamente» (*fy*).

Como quiera que en el orden privado no cabe entre hombres libres la gratuidad de los servicios, ha solido acaecer que algunos funcionarios públicos hayan nacido gozando remuneración en mérito de haberla empezado a gozar

(*ft*) Dareste, *Études d'histoire du Droit*, pag. 190, et pag. 334.

(*fu*) Glasson, *La Procédure civile française*, pag. 67.

(*fx*) Dareste de la Chavanne, *Histoire de l'Administration publique en France*, t. I, pag. 296.

(*fy*) Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, t. II, pág. 309.

como servidores particulares o domésticos. Cuando el jefe de una horda ofrece a cuantos le sigan armas, caballos, botín y tierras, de cierto no procede sino en el carácter privado de capitán de aventureros; pero cuando merced a su buena fortuna, conquista un país y se establece en él, *ipso facto* queda convertido en príncipe del Estado, y sus secuaces asumen el papel de verdaderos funcionarios públicos que conservan su derecho a las recompensas estipuladas. Si sabemos que entre los germanos era costumbre que el jefe suministrase a sus compañeros de expedición armas y caballos (*fz*) y compartiese con ellos el botín, ¿qué motivo de extrañeza es el que cuando los invasores bárbaros se establecieron a firme en el Imperio se conservase la práctica de recompensar a los que siguieron prestando cooperación y ayuda a los herederos del primer jefe?

En la historia de la administración pública, no son muy raros los casos análogos. Dado que los primeros empleados administrativos que se forman originariamente empiezan por ser simples auxiliares particulares de los jefes autocráticos encargados de todas las funciones públicas, es muy de presumir que cuando adquieren el carácter de funcionarios del Estado, conserven algunos el derecho a remuneración que adquirieron en el orden privado. Según Mommsen, un fenómeno de esta naturaleza se efectuó en el Imperio Romano.

En efecto, para la administración de su hacienda particular los primeros emperadores habían instituído el empleo de *curator rationis privatae* que confiaban ora a un esclavo, ora a un liberto, ora a un hombre libre. Cuando lo confiaban a un hombre libre, le remuneraban sus servicios de una u otra manera. A la larga, por efecto de las tendencias absorbentes de la autocracia imperial, se confundieron en una sola entidad el *fiscus* particular del emperador y el *aerarium* público del Imperio; y entonces el

(*fz*) Tácito, *Germania*, XIV.

curator rationis privatae, no obstante su nombre, quedó convertido en alto funcionario del Estado, nada menos que en ministro de hacienda, con una asignación anual de 300.000 sestercios (80.000 francos) (*ga*). Varios otros dignatarios del Imperio que vemos figurar con pingües rentas en las fastuosas cortes de Diocleciano y Constantino fueron también en sus principios áulicos, turiferarios y domésticos de los primeros emperadores (*gb*).

El caso más notable de transformación es quizás el de los diputados. Segun lo hemos observado y demostrado más arriba (§ 60), los diputados que los pueblos enviaban a la Cámara de los Comunes en Inglaterra, a los Estados generales en Francia, a las Cortes de España, tuvieron en los primeros tiempos el carácter de simples mandatarios civiles. Instituída la representación de los pueblos con el carácter de mandato civil, no se vaciló absolutamente en la resolución de asignar a los procuradores remuneraciones que se distinguieron con el nombre de *dietas* (*gc*) y que subvenían a sus gastos de viaje y residencia, a su sustento y al decoro de su representación. Cuando los ayuntamientos empezaron en España a resistir el pago de las dietas, hubo de tomarlo a su cargo la corona (1422), sea porque los diputados conservasen todavía el carácter de mandatarios civiles, sea porque en respeto a las tradiciones del régimen representativo, que había nacido con este gravamen, no fuese posible extender a esta función el carácter gratuito.

Como ya lo hemos observado, el régimen remunerato-

(*ga*) Mommsen, *Le Droit Public Romain*, t. I, pag. 343, et t. V, pag. 104 à 110.

(*gb*) Humbert, *Essai sur les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, t. I, pag. 331 à 334.

(*gc*) En castellano hay dos palabras *dieta:* una que viene del griego *díaita* y significa *régimen de vida* o *abstención de alimentos*, y otra que viene del latín *dies*, día, y significa *diario*. En el régimen representativo, la palabra se usa en el segundo sentido porque la remuneración se fijaba en concepto al número de días que el desempeño del mandato abrazaría.

rio, que iguala a los pobres con los ricos en la opción a los cargos públicos, se distingue por su carácter acentuadamente democrático. Fué el sentir de Aristóteles (*gd*). Cuando el régimen de la gratuidad se mantiene en Estados donde la individualización de la propiedad ha ocasionado las diferencias de fortuna, el pobre queda excluído de los cargos públicos aun cuando no se dicte ley alguna que los vincule a la oligarquía. Aun respecto de la función primordial de ciudadano, la masa del pueblo, según hemos visto, se desinteresa tan completamente que a la larga desaparecen sin dejar rastros de su existencia las asambleas generales. En Atenas, donde la deserción empezó mucho antes que en Roma, el Estado quiso ponerla coto ofreciendo repartir al pueblo tres óbolos por cabeza en cada día de asamblea (*ge*). Pero con sus invectivas contra la indolencia de los atenienses para cumplir sus deberes cívicos, Demóstenes deja claramente entender que aquella remuneración, acaso por lo modesta, no tentó a la masa del pueblo.

(*gd*) Aristóteles, *La Politique*, liv. VII, chap. I, § 9, et chap. III, § 3, et liv. VIII, chap. VII, § 10.

Aristóteles, *La République Athénienne*, § 61.

(*ge*) Según Perrot, esta indemnización se estableció a mediados del siglo V antes de nuestra Era, a imitación de la que Pericles había establecido para los miembros de la Heliaia y no fué a los principios sino de un óbolo. Perrot, *El Derecho Público de Atenas*, págs. 72 y 199.

FIN.

ÍNDICE ALFABÉTICO

DE LOS AUTORES CITADOS EN ESTA OBRA

Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*, 2 vol., Madrid, 1792.

Actas de las Cortes de Castilla, 36 vol., Madrid, 1861-1913.

Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, Bruxelles, 1860.

Alonso de Ovalle, *Histórica Relación del Reino de Chile*, 2 vol., Santiago de Chile, 1888.

Altamira, *Historia de España*, 4 vol., Barcelona, 1900-1911.

Amunátegui (M. L.), *El Cabildo de Santiago*, 3 vol., Santiago de Chile, 1890-1891.

Amunátegui, (M. L.), *Apuntaciones Lexicográficas*, 2 vol., Santiago de Chile, 1907-1908.

Amunátegui S. (D.), *Las Encomiendas de Indígenas*, 2 vol., Santiago de Chile, 1909-1910.

Amunátegui R. (J. D.), *Tratado general de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, 1907.

Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789*, París, 1876.

Audoin, *Essai sur l'Armée Royale au temps de Philippe Auguste*, París, 1913.

André, *Michel Le Tellier*, París, 1906.

Araujo, *Historia de los Charrúas*, Montevideo, 1911.

Aristóteles, *La Politique*, París, 1874.

» *La République Athénienne*, París, 1891.

Arrazola y otros, *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, 13 vol., Madrid, 1848-1872.

Azara, *Descripción e Historia del Paraguay y del Río de la Plata*, 2 vol., Madrid, 1847.

Babeau, *Les Assemblées Générales des Communautés d'habitants*, París, 1893.

Baez, *Introducción al estudio de la Sociología*, Asunción, 1903.

Bagehot, *La Constitution Anglaise*, París, 1869.

» *Lois scientifiques du Développement des Nations*, París, 1875.

Bain, *Logique Déductive et Inductive*, 2 vol., París, 1881,

Bandelier, *Las Islas de Titicaca y Koati*, La Paz, 1914.

Bañados Espinosa, *Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo*, Santiago de Chile, 1888.

Barros Arana, *Historia de Chile*, 16 vol., Santiago de Chile, 1884-1902.

Batbie, *Traité du Droit Public et Administratif*, 8 vol., París, 1885. 1886.

Batres Jáuregui, *Los Indios*, Guatemala, 1893.

Bentham, *Oeuvres*, 3 vol. Bruxelles, 1840.

Bergier, *Histoire des Grands Chemins de l'Empire Romain*, 2 vol., Bruxelles, 1736.

Bertolini, *Saggi di Scienza e Diritto della pubblica Amministrazione*, 3 vol., Roma, 1889-1892.

Bertrand, *Le Logement de l'ouvrier et du pauvre en Belgique*, Bruxelles et París, 1888.

Besson, *Étude comparative sur la Constitution de la Famille chez les kabiles*, publié dans le *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, París, 1894.

Biblia, Londres, 1866.

Blackstone, *Commentaires sur les Lois Anglaises*, 6 vol., Bruxelles, 1774,

Blanqui, *Histoire de l'Économie Politique*, París, 1882.

Blaramberg, *Essai Comparé sur les Institutions et les Lois de la Roumanie*, Bucarest, 1885.

Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, París, 1881.

» *Droit Public Général*. París, 1881.

Boman, *Antiquités de la Région Andine*, 2 vol., París, 1908.

Bory de Saint Vincent, *Les Isles Fortunées*, París. An XI.

Bovadilla, *Política para Corregidores y señores de Vassallos en tiempo de paz y de guerra*, 2 vol., Madrid, 1759.

Brougham, *La Démocratie et les Gouvernements mistes*, París, 1872.

Bryce, *La República Norte Americana*, 2 vol., Madrid, Imprenta de *La España Moderna*.

Buckle, *Histoire de la Civilisation en Angleterre*, 5 vol., París.

Bullenois, *Traité de la Personalité et de la Realité des Lois*, 2 vol., París, 1766.

Bulletin de la Société de Législation Comparée. 1889-1890.

Bunge, *Le Droit c'est la Force*, París, Lib. Schleicher Frères.

» *Historia del Derecho Argentino*, 2 vol., Buenos Aires, 1912.

Burgess, *Ciencia Política y Derecho Constitucional*. 2 vol., Madrid, Imp. de *La España Moderna*.

Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel*. Genéve et Coppenhague, 1762.

Carvallo y Goyeneche, *Descripción historico-geografica del Reino de Chile*, 2 vol., Santiago de Chile, 1875-1876.

Cicerón, *Du Gouvernement*. París, 1835.

Cicerón, *Les Lois*, París, 1835.
» *La République*, 2 vol., París, 1823 (*a*).
Cieza de León, *Crónica del Perú*, inclusa en el tomo XXVI de la *Biblioteca de Autores Españoles*, de Rivadeneira, Madrid, 1853.
Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, 4 vol., Sevilla, 1890-1895.
Code Civil des Français suivi de l'exposé des motifs, 8 vol., París, 1804.
Colmeiro, *Introducción a las Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*, 2 vol., Madrid, 1883-1884.
» *Derecho Administrativo Español*, 2 vol.
» *Constitución y Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, 2 vol., Madrid y Santiago, 1855.
Comte, *Cours de Philosophie Positive*, 6 vol., Paris, 1877.
» *Système de Politique Positive*, 4 vol., París, 1851-1854.
Córdoba y Figueroa, *Historia de Chile*, Santiago de Chile, 1862.
Cornejo, *Sociología General*, 2 vol., Madrid, 1908-1910.
Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla, publicadas por la Real Academia de la Historia, 4 vol., Madrid, 1861-1884.
Costa, *Introducción a un tratado de Política*, sacado textualmente de los refraneros, romanceros y gestas, Madrid, 1888.
» *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, 2 vol., Madrid, 1902.
Costa, Pedregal y Serrano, *Materiales para el estudio del Derecho Municipal consuetudinario de España*, Madrid, 1885.
Courcelle-Seneuil, *Los Principios del Derecho*, Santiago de Chile. 1887.
Cruchaga, *La Organización económica y la Hacienda pública de Chile*, Santiago de Chile, 1878.
Cureau, *Les Sociétés primitives de l'Afrique équatoriale*, París, 1912.
Curtius, *Histoire Grecque*, 5 vol., Angers, 1883-1884.
D'Albertis, *La Nouvelle Guinée*.
D'Arbois de Joubainville, *Le Senchus Môr*, París, 1881.
» *Études sur le Droit celtique*, 2 vol. París, 1895.
» *Introduction à l'étude de la littérature celtique*, París, 1883.
» *Les premiers habitants de l'Europe*, 2 vol., París, 1889.
Dareste, *Études d'histoire du Droit*, París, 1908.
» *Nouvelles études d'histoire du Droit*, París, 1902.
» *Nouvelles études d'histoire du Droit*, troisième série, París, 1902.
Dareste de la Chauvanne, *Histoire de l'Administration en France*, 2 vol., París, 1848.

(a) Debemos advertir que el tratado del Gobierno y el de la República de Cicerón son dos ediciones con diferentes nombres de una misma obra. En el presente Índice incluímos las dos porque en unas partes hemos citadola una y en otras la otra.

Darwin, *Voyage d'un Naturaliste*, París, 1883.

Delessert, *Voyage dans les deux Océans*, París, 1858.

Deloume, *Les manieurs d'argent à Rome*, París, 1892.

Démosthène et Eschine, *Oeuvres Complètes*, 10 vol., París, 1819-1821.

Denys d'Halicarnase, *Antiquités Romaines*, 6 vol., Chaumont, an VIII républicain.

Des Essarts, *Essai sur l'histoire générale des Tribunaux des Peuples*, 9 vol., 1778-1784.

Di Bernardo, *La Sociologia e la pubblica Amministrazione*, 2 vol., Torino, 1888-1893.

Dickel, *Le nouveau Code Civil de Monténégro*, París, 1891.

Dingelstedt, *Le Régime patriarchal des Kirghiz*, París, 1891.

Du Petit-Thouars, *Voyage autour du Monde*, 3 vol., París, 1840-1841.

Ducrocq, *Cours de Droit Administratif*, 2 vol., París, 1881.

Dumont D'Urville, *Voyage au Pole Sud et dans l'Océanie*, 21 vol. París, 1841-1854.

Dupriez, *Les Ministres*, París, 1892.

Durkheim, *La Méthode sociologique*, París, 1895.

Duruy, *Histoire des Romains*, t. VI, París, 1879.

Eginhard, *Vie de l'Empereur Charles*, París, 1856.

Engels, *Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado*. Madrid. Imp. de *La España Moderna*.

Ercilla, *La Araucana*, edición publicada por J. T. Medina, 4 vol. in fol., Santiago de Chile, 1910-1917.

Erskine May, *Historia Constitucional de Inglaterra*, 5 vol., Madrid, 1884.

Esmein, *Histoire de la Procédure criminelle*, París, 1882.

Etienne, *Institutes de Justinien*, 2 vol. París, 1845.

Falck, *Encyclopédie Juridique*, París, 1841.

Faustin-Hélie, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 2 vol., Paris, 1846-1848.

» *Histoire et théorie de la Procédure criminelle*, París, 1845.

Fernández Casado, *Tratado de Notaría*, 2 vol., Madrid, 1895.

Filangieri, *La Science de la Législation*, 6 vol., París, 1822.

Flavius Joseph, *Oeuvres Complètes*, París, 1843.

Fournier, *Histoire du Droit d'Appel*, París, 1881.

Franqueville, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, 2 vol., París, 1893.

Freeman, *Histoire générale de l'Europe par la Géographie politique*. París, 1886.

Freycinet, *Voyage autour du Monde*, 8 vol., París, 1827.

Friedländer, *Moeurs romaines du régne d'Auguste*, 4 vol., París, 1874.

Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, París, 1870.

» *La Monarchie Franque*, Paris, 1888.

Fustel de Coulanges, *L'Invasion germanique*, París, 1891.
» *Les transformations de la Royauté pendant l'époque carolingienne*, París, 1892.
» *Questions Historiques*, París, 1893.
» *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, París, 1885.
» *Nouvelles Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, París, 1891.
» *La Gaule Romaine*, París, 1891.
Gallois, *Régions naturelles et Noms des pays*, París, 1908.
Garcilaso de la Vega, *Comentarios Reales de los Incas*, Madrid, 1723.
Gibbon, *Histoire de la décadence et de la Chute de l'Empire Romain*, 2 vol., París, 1837.
Giddings, *Principios de Sociología*, Madrid.
Gide, *Étude sur la Femme*, París, 1867.
Gil y Robles, *Metodología Jurídica*, Salamanca, 1893.
Giraud, *Les Assemblées Provinciales dans l'Empire Romain*, París, 1887.
Giraud, *La Propriété foncière en Grèce*, París, 1893.
Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage et de la Famille*, París, 1884.
Glasson, *Les Sources de la Procédure civile française*, París, 1882.
» *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, 6 vol., París, 1882-1883.
Goguet, *De l'Origine des Lois, des Arts et des Sciences*, 6 vol., París, 1759.
Góngora Marmolejo, *Historia de Chile*, Santiago de Chile, 1862.
Goodnow, *Derecho Administrativo Comparado*, 2 vol., Madrid, Imp. de *La España Moderna*.
Grégoire de Tours, *Histoire écclesiastique des Franks*, París, 1859.
Grote, *Histoire de la Grèce*, 19 vol., París, 1864-1867.
Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, 2 vol., Basle, 1746.
Guevara, *Historia de la Civilización de Araucania*, 3 vol., Santiago de Chile, 1898-1902.
» *Costumbres judiciales y Enseñanza de los Araucanos*, Santiago de Chile, 1904.
» *Psicología del Pueblo Araucano*, Santiago de Chile, 1908.
Guizot, *Origines du Gouvernement Répresentatif*, 2 vol., París, 1851.
» *Histoire de la Civilisation en France*, 4 vol., París, 1846.
» *Histoire de la Civilisation en Europe*, París, 1882.
Gumplowicz, *Précis de Sociologie*, París, 1896.
» *Derecho Político Filosófico*, Madrid, Imp. de *La España Moderna*.
Hadley, *Le Transports par les chemins de fer*, París, 1887.
Hallam, *Histoire de l'Europe au Moyen Âge*, 5 vol., Bruxelles, 1840.
Hanoteau et Letourneaux, *La Kabylie*, 3 vol., París, 1893.

Hartmann, *Les Peuples d'Afrique*, París, 1884.
Heeren, *De la Politique et du Commerce des Peuples de l'Antiquité*, 7 vol., París, 1830-1844.
Hepwort Dixon, *La Russie Libre*, París, 1873.
Heródoto, *Los Nueve Libros de la Historia*, 2 vol., Madrid, 1878.
Herrera, *Historia de las Indias Occidentales*, 4 vol , Madrid, 1728.
Hinojosa, *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903.
Hinsdale, *El Estudio y la Enseñanza de la Historia*, Madrid, 1912.
Hobbes, *Les Fondemens de la Politique*, Amsterdam, 1649.
Holtzendorff, *La Politique*, París, 1886.
Humbert, *Essai sur les Finances et la Comptabilité publique chez les Romains*, 2 vol., París, 1886.
Hurter, *Histoire d'Innocent III*, 2 vol., Bruxelles, 1839.
Ihering, *Esprit du Droit Romain*, 4 vol., París, 1886-1888.
» *Histoire du Développement du Droit Romain*, París, 1900.
» *L'Évolution du Droit*, París, 1901.
» *Prèhistoria de los Indo-Europeos*, Madrid, 1896.
Institutes de Justinien, 2 vol., París, 1845.
Janet, *Histoire de la Science Politique*, 2 vol., París, 1872.
Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, 2 vol., Paris, 1911-1913.
Joinville, *Histoire de Saint Louis*, París, 1874.
Jornandes, *Histoire des Goths*, París, Garnier Frères.
Jovanovic', *Études sur le Monténégro*, publié dans le *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, de 1889-1890, París, 1890.
Juan et Ulloa, *Voyage historique de l'Amérique Méridionale*, 2 vol., París, 1752.
Julio César, *De Bello Gallico*, Madrid, 1789.
Korkownow, *Théorie générale du Droit*, París, 1903.
La Perouse, *Voyage autour du Monde*, 4 vol., París, 1797 (*b*).
Laferrière, *Essai sur l'histoire du Droit français*, 2 vol., París, 1885.
» *Cours de Droit Public et Administratif*, 2 vol., París, 1860.
» *Traité de la Jurisdiction Administrative*, 2 vol., París, 1887-1888.
Lambert, *La Fonction du Droit civil Comparé*, París, 1903.
Las Casas, *De las Antiguas Gentes del Perú*, Madrid, 1892.
Latcham, *El Comercio precolombiano en Chile* y en otros países de América, Santiago de Chile, 1909.
» *La Capacidad guerrera de los Araucanos*, Santiago de Chile, 1915.
Laurent, *Grèce*, París, 1880.
Laveleye, *De la Propriété et ses Formes primitives*, París, 1882.

(*b*) Hay otra edicion en un volumen publicada hacia 1831

Laveleye, *De la Propriété collective du Sol*, Bruxelles, 1886.
» *Le Gouvernement dans la Démocratie*, 2 vol., París, 1892.
Le Bon, *Les premières Civilisations*, París, 1889.
Ledrain, *Histoire d'Israel*, 2 vol., París, 1879-1882.
Lenormant et Babelon, *Histoire Ancienne de l'Orient*, 6 vol., París, 1881.
Leroy-Beaulieu (A.), *L'Empire des Tsars*, París, 1881.
Leroy-Beaulieu (P.), *Traité de la Science des Finances*, 2 vol., París, 1883.
» *La Colonisation*, París, 1882.
Letelier, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile*, 37 vol., Santiago de Chile, 1887-1908.
» *La Evolución de la Historia*, 2 vol., Santiago de Chile, 1900.
Letourneau, *Évolution de la Propriété*, París, 1889.
Levy, *La Famille dans l'Antiquité israélite*, París, 1905.
Livingstone, *Dernier Journal*, 2 vol., París, 1876.
Locke, *Le Gouvernement Civil*, París, L'an III, de la République Française.
López de Gómara, *Historia General de las Indias*, inclusa en el tomo XXII de la *Biblioteca de Autores Españoles*, de Rivadeneira, Madrid, 1857.
Louis-Lucas, *Études sur la Venalité des Charges et Fonctions publiques*, 2 vol., París, 1883.
Lubbock, *L'Homme Préhistorique*, París, 1876.
» *Les Origines de la Civilisation*, París, 1877.
Luçay, *Les Secrétaires d'État*, París, 1881.
Lyall, *Moeurs de l'Extrème Orient*, París, 1885.
Lyell, *L'Ancienneté de l'Homme*, París, 1870.
Macaulay, *Historia de la Revolución de Inglaterra*, 4 vol., Madrid, 1882-1884.
Malthus, *El Principio de la Población*, Madrid, 1846.
Manú, *Libro de las Leyes*, Madrid, 1912.
Marquardt, *Le Culte chez les Romains*, 2 vol., París, 1889.
» *Organisation de l'Empire Romain*, 2 vol., París, 1889.
» *L'Organisation financière chez les Romains*, París, 1888.
» *L'Organisation militaire chez les Romains*, París, 1891.
Martínez Marina, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales*, 3 vol., Madrid, 1813.
» *Ensayo histórico-crítico sobre la Legislación y principales Cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, Madrid, 1845.
Maspero, *Histoire ancienne des Peuples de l'Orient*, París, 1893.
Matienzo, *El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina*, Buenos Aires, 1910.
Maugras, *Le Duc et la Duchesse de Choiseul*, París, 1904.

Maunier. *L'Origine et la Fonction économique des Villes*. París, 1910.

Maynz. *Esquisse historique du Droit criminel de l'ancienne Rome*. París, 1882.

» *Cours de Droit Romain*. 3 vol., París, 1870-1874.

Medina, *Los Aborígenes de Chile*, Santiago de Chile, 1882.

» *El Descubrimiento del Océano Pacífico*, 2 vol., Santiago de Chile, 1913-1914.

» *La Imprenta en Lima*, 4 vol., Santiago de Chile, 1904-1907.

Meijer, *De la Codification*. Amsterdan, 1830.

Meyer, *La Administración y la Organización Administrativa*, Madrid, Imp. de *La España Moderna*.

Michaud, *Histoire des Croisades*, 4 vol., París, Charles Delagrave.

Minghetti, *L'Économie Publique, la Moral et le Droit*, París, 1863.

Miraglia, *Filosofía del Derecho*, 2 vol., Madrid, Imp. de *La España Moderna*.

Mispoulet, *Études d'Institutions Romaines*, París, 1887.

Modestow, *Introduction à l'Histoire Romaine*, París, 1907.

Molina, *Compendio de la Historia Civil del Reino de Chile*, Madrid, 1795.

Mommsen, *Derecho Penal Romano*. 2 vol., Madrid, Imp. de *La España Moderna*.

» *Histoire Romaine*. II vol., París, 1882-1889.

» *Le Droit Publique Romain*, 8 vol., París, 1887-1891.

Montesinos, *Memorias antiguas historiales y políticas del Perú*, Madrid, 1882.

Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, París, Garnier Frères.

» *Considérations sur la grandeur des Romains et leur décadence*. París, 1879.

Morales, *Corónica General de España*. 6 vol., Madrid, 1791.

Moreau, *Les Réglements Administratifs*. París, 1902.

Morgan, *Les Premières Civilisations*. París, 1909.

Müller, *L'Europe Préhistorique*, París, J. Lamarre.

Nadaillac, *L'Amérique Préhistorique*. París, 1883.

Nino, *Etnografía Chiriguana*. La Paz, 1912.

Nordenskiold, *La Vie des Indiens dans le Chaco*. París, 1912.

Novísima Recopilación, 6 vol., Madrid, 1805-1829.

Nueva Recopilación, 2 vol., Madrid, 1745.

Núñez de Castro, *Corona Gothica*, Amberes, 1739.

Olivares, *Historia de Chile*, Santiago de Chile, 1864.

Oncken, *Historia Universal*. 16 vol., Barcelona, 1890-1894.

Orlando, *Principii di Diritto Amministrativo*, Firenze, 1891.

Ortolan, *Histoire de la Législation Romaine*.

Ovalle, véase *Alonso de Ovalle*.

Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*. 4 vol., Madrid, 1851-1855.

Pardessus, *Essai historique sur l'Organisation Judiciaire et l'Administration de Justice*. París, 1851.
Partidas (Las Siete), 3 vol., Valencia, 1759.
Pasquet, *Assai sur les Origines de la Chambre des Communes*, París, 1914.
Pausanias, *Voyage Historique en Grèce*, 2 vol., París, 1737.
Perrot, *El Derecho Público de Atenas*, Madrid, Imp. de *La España Moderna*.
Platón, *La République*, París, Garnier Frères.
» *Les Lois*, París, 1842.
Plutarque, *Vie des Hommes Illustres*, 4 vol., París, G. Charpantier.
Polybe, *Histoire Générale*, 3 vol., París, 1847.
Pollock, *Introduction à l'étude de la Science Politique*, París, 1893.
Porto Seguro, *Historia Geral do Brazil*, 2 vol., Río de Janeiro, en casa de E. C. H. Laemmert.
Posada, *Tratado de Derecho Político*, 2 vol., Madrid, 1893-1894.
» *El Régimen Parlamentario*, Madrid, 1891.
» *La Administración Política y la Administración Social*, Madrid.
Prescott, *Histoire du Régne de Ferdinand et d'Isabelle*, 4 vol., París, 1861.
» *Histoire du Régne de Philipe II*, 5 vol., París, 1860.
Puffendorf, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 2 vol., Leide, 1759.
Quetelet, *Du Système Social*, París, 1848.
Raiga, *Le Pouvoir Réglamentaire du Président de la République*, París, 1890.
Raisson, *Histoire de la Police en France*, París, 1844.
Recopilación de Indias, 4 vol., Madrid, 1841.
Rienzi, *La Oceanía*, 3 vol., París, 1836.
Rivarola, *Del Régimen Federativo al Unitario*, Buenos Aires, 1908.
Rivarola y otros, *Función Constitucional de los Ministros*, Buenos Aires, 1911.
Roldán, *Las Primeras Asambleas Nacionales*, Santiago de Chile, 1890.
Rosales, *Historia de Chile*, 3 vol., Valparaíso, 1877-1878.
Roscher, *Économie Politique Rurale et Forestière*, París, 1888.
Rothschild, *Histoire de la Poste*, 2 vol., París, 1876.
Rousseau, *Les Confessions*, París, 1877.
» *Le Contrat Social*, París, 1882.
Rousset, *Histoire de Louvois*, 4 vol., París, Perrin et Cie.
Rowe, *El Gobierno de la Ciudad*, traducción de Lucila G. Posada, Madrid, 1914.
Saavedra, *El Ayllu*, La Paz, 1903.
Salvado, *La Australia*, Barcelona, 1853.
Sánchez Moguel, *Discurso leído en la Universidad Central sobre la naturaleza política y literaria de las Cortes*, Madrid, 1894.

Santayana y Bustillos, *Gobierno Político de los Pueblos de España.* Zaragoza, 1742.

Sarmiento de Gamboa, *Geschichte des Inkareische,* Berlín, 1906. (El texto está en español).

Savigny, *Traité de Droit Romain,* 8 vol., París, 1841-1855.

Schaeffle, *Struttura e Vita del Corpo Sociale,* 2 vol., Torino, 1881.

Schulte, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Allemagne.* París, 1882.

Sclopis, *Histoire de la Législation Italienne,* 2 vol., París, 1861.

Sempere, *Historia del Derecho Español,* Madrid, 1847.

Serrigny, *Traité de la Competence,* 2 vol., París, 1842.

Simiand, *La Méthode positive en Science économique,* París, 1912.

Sinopsis Estadística de Chile, Santiago de Chile, 1914.

Sismondi, *Histoire des Français,* 31 vol., París, 1821-1844.

Smith (Adam), *La Richesse des Nations,* 6 vol., París, 1822.

Smith, *Los Araucanos,* Santiago de Chile, 1915.

Solórzano Pereira, *Política Indiana,* 2 vol, Madrid, 1736-1739.

Spencer, *Les premiers Principes,* París, Germer Baillière et Cie.

» *Principes de Sociologie,* 5 vol., París, 1883-1898.

» *Justice,* París, 1893.

Stahl, *Histoire de la Philosophie du Droit,* París, 1880.

Stanley Jevons, *La Monnaie et le Mécanisme de l'Échange.* París, 1885.

Starcke, *La Famille Primitive,* París, 1891.

Stein, *Scienza della pubblica Amministrazione,* Torino, 1897.

Strabon, *Géographie,* 4 vol., París, 1886-1890.

Stuart Mill, *Le Gouvernement Répresentatif,* París, 1887.

» *Système de Logique,* 2 vol., París, 1880.

Suárez, *Tractatus de Legibus,* Lugduni, 1619.

Suetonio, *Los Doce Césares.* Madrid, 1883.

Sumner Maine, *L'Ancien Droit,* París. 1874.

» *Études sur l'histoire des Institutions primitive.* París, 1880.

» *L'Ancien Droit et la Coutume primitive,* París, 1884.

» *Essai sur le Gouvernement Populaire.* París, 1887.

» *Études sur l'histoire du Droit.* París, 1889.

Tácito, *Oeuvres Complétes,* 2 vol., París, Garnier Frères.

Tarde, *Les Transformations du Pouvoir,* París, 1899.

Tavares de Medeiros, *Antropologia y Derecho.* Madrid, 1891.

Thiers, *Le Droit de Propriété,* París, 1868.

Thierry, *Histoire du Tiers Etat,* París, Garnier Frères.

Thomas de Aquino, *Somme Théologique,* 15 vol., París, 1869.

Thonissen, *Études sur l'histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens,* 2 vol., Bruxelles, 1869.

Thorel, *Del Origen de las Sociedades.* Madrid, 1823.

Thucydide, *La Guerre du Péloponèse*, París, 1878.
Tito Livio, *Décadas de la Historia Romana*, 7 vol., Madrid, 1888-1889.
Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, París, 1857.
Tolstoï, *Anna Karenine*, 2 vol., París, Nelson, éditeur.
Torquemada, *La Monarquía Indiana*, 3 vol., Madrid, 1723,
Troplong, *Les Donations entre vifs et les Testaments*, 2 vol., Bruxelles, 1855.
Turgeon, *L'Enseignement dans la Faculté de Droit*, publié en la *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. I de 1890.
Tylor, *Antropología*, Madrid, 1888.
» *La Civilisation Primitive*, 2 vol., París, 1876.
Uhle, *El Aillu Peruano*, artículo publicado en el *Boletín de la Sociedad Geográfica de Lima*, correspondiente al año 1911.
Vallaux, *Le Sol et l'État*, París, 1911.
Vecchio e Casanova, *Le Rappresaglie nei Comuni medievali*, Bologna, 1884.
Villard, *Le Prolétariat*, París, 1882.
Villarreal, *Informe sobre contener o reducir a la debida obediencia los indios del Reino de Chile*, inserto en el tomo X de la *Colección de Historiadores Chilenos*, Santiago de Chile, 1876.
Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico*, Río de Janeiro, 1914.
Vivien, *Études Administratives*, 2 vol., París, 1852,
Westermarck, *Origine du Mariage dans l'espèce humaine*, París, 1895.
Wilson, *Les Isles Fortunées*, París. An XI.
Worms, *Organisme et Société*, París, 1896.
Xenophon, *Oeuvres Complètes*, 2 vol., París, 1859.
Zerda, *El Dorado*, Bogotá, 1883.

ÍNDICE ALFABÉTICO

DE LAS PRINCIPALES MATERIAS DE ESTA OBRA

A

B

C

CH

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

Q

R

S

T

U

V


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C